

ORDNUNGSUNRECHT UND
ORDNUNGSSANKTIONEN
IM STRASSENVERKEHRSWESEN

Axel von Heyden

1960

ORDNUNGSUNRECHT UND
ORDNUNGSSANKTIONEN
IM STRASSENVERKEHRSWESEN

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch die Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt von

Axel von Heyden

aus Sporwitten (Ostpreußen)

1968

1. Berichterstatter: Professor Dr. SCUPIN
2. Berichterstatter: Professor Dr. MENDER
Dekan: Professor Dr. NÖRR

Tag der mündlichen Prüfung: 18. Mai 1968



III

INHALTSÜBERSICHT

	Seite
A EINLEITUNG	1
B ERSTER HAUPTTEIL:	
Die Differenzierung von Kriminalstrafrecht und Verwaltungsstrafrecht	3
1. Kapitel: Einleitende Problemstellung	3
a) Heranführung an das Problem der Trennung von Kriminalstrafrecht und Verwaltungsstrafrecht	3
b) Gegner einer qualitativen Trennung von Kriminalstrafrecht und Verwal- tungsstrafrecht	5
c) Vertreter einer qualitativen Trennung von Kriminalstrafrecht und Verwal- tungsstrafrecht	6
2. Kapitel: Die Differenzierung von Kriminalstrafrecht und Verwaltungsstrafrecht unter dem Gesichtspunkt des Güterangriffes	8
1) Das Kriminaldelikt als Angriff auf subjektive Rechte. Die Lehre Feuerbach's	8
2) Das Kriminaldelikt als Angriff gegen Rechts- güter - das Verwaltungsdelikt als Gesetzes- ungehorsam	10
a) Vertreter einer Differenzierung von Kriminalunrecht und Verwaltungsunrecht am Kriterium des Rechtsgüterangriffs	10
b) Die Gegenmeinung	10
c) Der Begriff "Rechtsgut"	11
d) Das Kriminaldelikt als Angriff gegen Rechtsgüter	13
e) Das Verwaltungsdelikt als Angriff gegen die gesetzliche Ordnung	13

f)	Die materielle Motivierung des Verwaltungsstrafrechts	14
g)	Die Unvollkommenheit der Differenzierung der Unrechtsbereiche am Kriterium des Rechtsgüterangriffs	16
3. Kapitel:	Die Differenzierung von Kriminalstrafrecht und Verwaltungsstrafrecht unter dem Gesichtspunkt des Unwertes der Tat	18
1)	Die Normentheorie Binding's	18
2)	Die Rechts- und Kulturnormentheorie Max Ernst Mayer's	20
3)	Die Unterscheidung von Kriminalstrafrecht und Verwaltungsstrafrecht nach dem sozialetischen Unwert des Verhaltens	23
a)	Vertreter einer Differenzierung der Unrechtsbereiche am Kriterium des sozialetischen Unwerts	23
b)	Gegenargumente	24
c)	Der Begriff "Sozialetik"	25
d)	Das Kriminalunrecht als vorrechtlich sozialetisch unwertiges Verhalten	25
e)	Das Verwaltungsdelikt als vorrechtlich wertfreies Verhalten	26
f)	Die Abhängigkeit des Unwerturteils vom gesetzlichen Verbot als Kennzeichen des Verwaltungsdeliktes	28
g)	Der Unterschied der Unrechtsbereiche besteht im Verhältnis des gesetzlichen Verbots zum sozialetischen Unwerturteil	29
4. Kapitel:	Die Verwaltungsstrafrechtstheorie Goldschmidt's und ihre Begründung der verwaltungsbehördlichen Kompetenz zur Ahndung von Verwaltungsunrecht	30
5. Kapitel:	Zusammenfassung der Gegenüberstellung von Kriminalunrecht und Verwaltungsunrecht. Die qualitative Differenz der Unrechtsbereiche	33

6. Kapitel:	Das Verhältnis von Kriminalunrecht und Verwaltungsunrecht zu den vom Gesetzgeber verwandten Begriffen "Straftat", "Zu widerhandlung" und "Ordnungswidrigkeit"	35
a)	Die Begriffe "Straftat" und "Kriminalunrecht" und die Begriffe "Ordnungswidrigkeit" und "Verwaltungsunrecht" sind nicht identisch	35
b)	Das ausschließlich mit krimineller Strafe bedrohte Verhalten als Kriminalunrecht	36
c)	Die "Zu widerhandlung" als Verwaltungsunrecht	36
d)	Die Differenzierung der mit Straffolgen und der mit Bußfolgen bedrohten Zu widerhandlungen	39
e)	Die Möglichkeit, Kriminalunrecht als Ordnungswidrigkeit zu behandeln	40
7. Kapitel:	Die staatsrechtliche Grundkonzeption und ihr Einfluß auf das Verhältnis von Kriminalstrafrecht und Verwaltungsstrafrecht	42
a)	Die Lehre Erik Wolf's von der Dreiheit der Staatswerte	42
b)	Das Strafrecht des reinen Wohlfahrtsstaates	43
c)	Das Strafrecht des liberalen Rechtsstaates	43
d)	Das Strafrecht des sozialen Rechtsstaates	44
8. Kapitel:	Kriminalstrafe und Verwaltungsstrafe	45
a)	Einführung in das Problem	45
b)	Verwaltungsstrafe und Beugemaßnahme	46
c)	Differenzierung von Kriminalstrafe und Verwaltungsstrafe	48

C

ZWEITER HAUPTTEIL:

Die Straßenverkehrsdelikte als Straftaten und Ordnungswidrigkeiten	51
--	----

1. Kapitel: Einführung und Problemstellung	51
--	----

2. Kapitel: Strukturelle Differenzierung von Kriminalunrecht und Verwaltungsunrecht im Bereich der Straßenverkehrsübertretungen	53
1) Die weder schädigende noch konkret gefährdende Verkehrsübertretung	53
a) Die abstrakt ungefährliche Verkehrsübertretung	53
b) Die abstrakt gefährliche Verkehrsübertretung	54
c) Die abstrakt höchst gefährliche Verkehrsübertre- tung	56
2) Die schädigende und die konkret gefährdende Verkehrsübertretung	58
3) Die unfallträchtige Verkehrsübertretung	59
3. Kapitel: Rechtsfolgemäßige Erfassung der Verkehrs- übertretungen als Straftaten und Ordnungswidrigkeiten	61
1) Eine kriminelle Ahndung strukturellen Verwaltungs- unrechts im Bereich der Straßenverkehrsdelikte ist nicht möglich	61
2) Die Ahndung strukturellen Kriminalunrechts im Straßenverkehrswesen durch Verwaltungsstrafen	63
4. Kapitel: Die Behandlung der Straßenverkehrsübertretun- gen durch die derzeitige Praxis	68
5. Kapitel: Die Unrechtsstruktur der Straßenverkehrsvergehen der §§ 315 b bis 316 StGB und ihre Unrechts- sanktion	69
6. Kapitel: Die Unrechtsstruktur der Straßenverkehrsver- gehen der §§ 23 bis 26 StVG und ihre Unrechtssanktion	70
D DITTER HAUPTTEIL:	
Die Verfassungsmäßigkeit der verwaltungsbehördlichen Unrechtssanktion im Straßenverkehr	73
1. Kapitel: Einleitende Problemstellung	73

VII

2. Kapitel: Das Gewaltenteilungsprinzip und das Verwaltungsstrafrecht	74
3. Kapitel: Art. 92 GG und das Verwaltungsstrafrecht	76
a) Einführung in das Problem	76
b) Die formelle und die materielle Interpretation des Begriffs "rechtsprechende Gewalt" in Art. 92 GG	77
aa) Die formelle Interpretation	78
bb) Die materielle Interpretation	80
c) Das Problem der materiellen Bestimmung des Begriffs "rechtsprechende Gewalt"	81
4. Kapitel: Die in der Literatur vertretenen Meinungen zur materiellen Begriffsbestimmung der Rechtsprechung	82
1) Die Feststellung dessen, was Rechtens ist, als Kriterium der Rechtsprechung. Die Theorie Flume's.	82
2) Die Rechtsprechung als verselbständigter Ausspruch dessen, was Rechtens ist. Die Lehre Thoma's.	85
3) Das Kriterium der Rechtskraft als Merkmal der Rechtsprechung. Die Theorie Arndt's.	86
4) Die Rechtsprechung als Rechtsstreitentscheidung. Die Lehre Friesenhahn's.	88
a) Wiedergabe der Theorie Friesenhahn's	88
b) Gegenargumente	89
c) Definition der Rechtsstreitentscheidung	89
d) Der größere Teil der Rechtsprechungstätigkeit ist Rechtsstreitentscheidung	90
e) Die strafgerichtliche Rechtsprechung als Rechtsstreitentscheidung	90
aa) Die Auffassung Friesenhahn's	90
bb) Die Gegenmeinung	91
cc) Stellungnahme	91
f) Streitlose Verfahren in der verfassungsgerichtliche Rechtsprechung	93
aa) Das Verfahren der abstrakten Normenkontrolle	93

VIII

bb)	Das Verfahren der konkreten Normenkontrolle	93
cc)	Das Organstreitverfahren	93
g)	Zivilrechtsprechung, die nicht Streitentscheidung ist	94
h)	Zusammenfassende Wertung der Theorie Friesenhahn's	95
aa)	Mangelnde Komplexität	95
bb)	Mangelnde Materialität	96
5)	Das Verhältnis von Rechtsprechung und Verwaltung zu Gerechtigkeit und Gemeinwohl. Die Lehre Lefringhausen's.	97
a)	Lefringhausen's Differenzierung von Rechtsprechung und Verwaltung	97
b)	Gegenüberstellung von Gerechtigkeit und Gemeinwohl	98
aa)	Gerechtigkeit	98
bb)	Gemeinwohl	99
cc)	Das Verhältnis gegenseitiger Bedingung zwischen Gerechtigkeit und Gemeinwohl	100
c)	Die objektiven Beziehungen von Rechtsprechung und Verwaltung zu Gerechtigkeit und Gemeinwohl	100
aa)	Das von Rechtsprechung und Verwaltung angewandte Recht wird erlassen zur Förderung von Gerechtigkeit und Gemeinwohl	100
bb)	Die Gerechtigkeit als die dem positiven Recht zugrunde liegende Idee	102
cc)	Das Gemeinwohl als die dem positiven Recht zugrunde liegende Idee	102
dd)	Durch Rechtsanwendung dienen beide Gewalten objektiv beiden Werten	103
d)	Die subjektiven Differenzen zwischen Rechtsprechung und Verwaltung in der Zielrichtung ihres Handelns auf Gerechtigkeit und Gemeinwohl	104

IX

aa)	Die Gerechtigkeit als zentraler Wert der Rechtsprechung	104
bb)	Das Gemeinwohl als zentraler Wert der Verwaltung	106
e)	Die subjektiven Differenzen von Rechtsprechung und Verwaltung in ihrer Einstellung zum Einzelfall	108
aa)	Die Konzentration der Rechtsprechung auf den isolierten Einzelfall	108
bb)	Das Fehlen einer ausschließlichen Konzentration auf den Einzelfall bei der Verwaltung	109
f)	Zusammenfassende Differenzierung von Rechtsprechung und Verwaltung in ihrem Verhältnis zu Gerechtigkeit und Gemeinwohl	110
g)	Wertung der Differenzierung von Rechtsprechung und Verwaltung im Verhältnis zu Gerechtigkeit und Gemeinwohl unter dem Gesichtspunkt ihrer Materialität	110
6)	Die Differenzierung von Rechtsprechung und Verwaltung nach dem psychologischen Verhältnis zum Recht. Die Lehre Fleiner's.	113
a)	Darstellung der Lehre vom psychologischen Verhältnis zum Recht	113
b)	Differenzierung der Lehre vom psychologischen Verhältnis zum Recht von der Lehre Lefringhausen's.	113
c)	Gegenargumente	114
5. Kapitel:	Der Rechtsschutzgedanke als Kriterium der Trennung von Rechtsprechung und Verwaltung	116
a)	Der Grund der Gewaltentrennung als Maßstab der materiellen Gewaltdifferenzierung	116
b)	Der Rechtsschutzgedanke als Grund der Gewaltentrennung	117
c)	Das Verhältnis der Verwaltung zum Rechtsschutz	118
d)	Das Verhältnis der Rechtsprechung zum Rechtsschutz	119

e)	Der Rechtsschutzgedanke als Maßstab der Aufgabenzuteilung an die Organe von Rechtsprechung und Verwaltung	120
f)	Die Interpretation des Art. 92 GG durch den Rechtsschutzgedanken	121
g)	Die Vereinbarkeit der Interpretation des Art. 92 GG durch den Rechtsschutzgedanken mit dem Gesamtinhalt des Grundgesetzes	122
6. Kapitel:	Die Vereinbarkeit der verwaltungsbehördlichen Verwaltungsstraffunktion und -kompetenz mit dem Grundgesetz	123
7. Kapitel:	Die Verfassungsmäßigkeit der im zweiten Hauptteil dieser Arbeit vorgeschlagenen Ahndung der Straßenverkehrsdelikte	125
1)	Die Ahndung der einfachen, weder schädigenden noch gefährdenden Verkehrsübertretungen im verwaltungsbehördlichen Bußgeldverfahren	126
2)	Die Ahndung der fahrlässig fremde Sachen beschädigenden, der gefährdenden und der abstrakt höchst gefährlichen Verkehrsübertretungen im verwaltungsbehördlichen Bußgeldverfahren	126
3)	Die justizielle Ahndung einiger besonders gravierender Verkehrsübertretungen mit Kriminalstrafen	128

SCHRIFTTUMSVERZEICHNIS

- | | |
|-------------------------|---|
| Anschütz | Die Verfassung des Deutschen Reiches,
Kommentar, 13. Auflage, Berlin 1919 |
| Arndt, Adolf | Ist die Strafgewalt des Finanzamtes mit
dem Grundgesetz vereinbar?
In: NJW 1957, S. 249 |
| - | Rechtsprechende Gewalt und Strafkompetenz,
In: Festschrift für Carlo Schmid,
Tübingen 1962, S. 5 |
| - | Strafgewalt der Finanzämter?
In: NJW 1959, S. 605 |
| Bachof, Otto | Verwaltung und Rechtsprechung,
In: VVDStRL H. 14, S. 174 |
| Baumann, Jürgen | Strafrecht, AT, 3. Auflage,
Bielefeld 1964 |
| - | Verkehrsgefährdung als Ordnungswidrigkeit;
Dogma und Praxis,
In: Folgenlose Verkehrsgefährdung als
Massenerscheinung, eine Veröffentlichung
des Kuratoriums "Wir und die Straße",
Boppard 1961, S. 162 |
| Baur, Fritz | Der Begriff der Rechtsprechung und der
freiwilligen Gerichtsbarkeit,
In: DNotZ 1955, S. 507 |
| Bender, Bernd | Zur Frage der Verfassungsmäßigkeit des
Verwaltungsstrafverfahrens nach der
Abgabenordnung, Bonn 1963 |
| Bettermann, Karl August | Verfassungsrechtliche Überlegungen zur
Vereinfachung des Verfahrensrechtes für
folgenlose Gefährdungsdelikte,
In: Folgenlose Verkehrsgefährdung als Massen-
erscheinung, eine Veröffentlichung des
Kuratoriums "Wir und die Straße",
Boppard 1961, S. 199 |

- Bettermann, Karl August Verwaltungsakt und Richterspruch,
In: Gedächtnisschrift für Walter Jellinek,
München 1955, S. 363
- Bettermann-Nipperdey-Scheuner Die Grundrechte,
Berlin 1959
- Binding, Karl Die Normen und ihre Übertretungen,
Leipzig 1890
- Birnbaum Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung
zum Begriff des Verbrechens,
In: Archiv für Criminalrecht 1832, S. 149
- Bockelmann, Paul Gedanken zur Vereinfachung des Verkehrsstraf-
und Verfahrensrechts für folgenlose Gefährdungs-
delikte,
In: Folgenlose Verkehrsgefährdung als Massen-
erscheinung, eine Veröffentlichung des
Kuratoriums "Wir und die Straße",
Boppard 1961, S. 181
- Zur Reform des Verkehrsstrafrechts,
In: DAR 1961, S. 181
- Bode Zum Bagatell-Ordnungswidrigkeits-Verfahren,
In: DAR 1959, S. 9
- Bötticher, Eduard Inwieweit sichern die Artikel 102 ff der
Reichsverfassung die Unabhängigkeit des Rich-
ters und des Rechtsweges?
In: ZZP Bd. 51, S. 200
- Boldt, Gottfried Zur Struktur der Fahrlässigkeitstat,
In: ZStW Bd. 68, S. 293
- Bonner Kommentar Kommentar zum Bonner Grundgesetz,
Hamburg, Stand Juni 1966
- Bouska Forderungen des Straßenverkehrs an die Reform
des Ordnungswidrigkeitenrechts,
In: DAR 1962, S. 193
- Coing, Helmut Grundzüge der Rechtsphilosophie,
Berlin 1950

XIII

Cordier, Franz	Können die Übertretungen des Straßenverkehrsrechts als Ordnungswidrigkeiten gewertet werden? In: NJW 1959, S. 2151
Dalcke-Fuhrmann-Schäfer	Strafrecht und Strafverfahren, 37. Auflage, Berlin 1961
Del Vecchio, Giorgio	Lehrbuch der Rechtsphilosophie, herausgegeben von Friedrich Darmstaedter, Basel 1951
Dernedde, C.	Die Rechtspflege im Grundgesetz, In: ZJBl 1949, S. 101
Graf zu Dohna, Alexander	Die Rechtswidrigkeit als allgemeines Merkmal im Tatbestand strafbarer Handlungen, Halle 1905
-	Strafprozeßrecht, 3. Auflage, Berlin 1929
Donschacher, Wolfgang	Die theoretischen Grundlagen einer Abgrenzung zwischen krimineller Straftat und Ordnungs- verstoß, Diss. Hamburg 1963
Dreher, Eduard	Bericht über die erste Arbeitstagung der Großen Strafrechtskommission, In: Beilage zum BAnz 176 vom 14. September 1954
-	Was ist Strafrecht im Sinne des Art. 74 Nr. 1 GG? In: NJW 1952, S. 1282
Dünnebier, Hans	Das beschleunigte Verfahren, In: GA 1959, S. 272
Ebisch, Hellmuth	Wirtschaftsstrafgesetz, Kommentar, Frankfurt 1963
Fechner, Erich	Freiheit und Zwang im sozialen Rechtsstaat, Tübingen 1953

XIV

Feuerbach, Anselm Ritter von	Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 14. Auflage, Gießen 1847
Fleiner, Fritz	Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Auflage, Tübingen 1928
Flume, Werner	Steuerwesen und Rechtsordnung, In: Festschrift für Rudolf Smend, Göttingen 1952, S. 59
Forsthoff, Ernst	Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. I, AT, 8. Auflage, München und Berlin 1961
Frank, Reinhard	Sollen für Bedrohung, Verfolgung und Bestrafung der Polizeiübertretungen besondere Grundsätze gelten? In: MIKV, Bd. 7, S. 186
-	Studien zum Polizeistrafrecht, Gießen 1897
-	Verwaltungsstrafrecht, In: MIKV, Bd. 12, S. 200
-	Strafgesetzbuch, 5.-7. Auflage, Tübingen 1908
Friesenhahn, Ernst	Der Rechtsschutz im öffentlichen Recht nach dem Bonner Grundgesetz, In: DVBl 1949, S. 478
-	Über Begriff und Arten der Rechtsprechung unter besonderer Berücksichtigung der Staatsgerichtsbarkeit nach dem Grundgesetz und den westdeutschen Landesverfassungen, In: Festschrift für Richard Thoma, Tübingen 1950, S. 21
Gerner-Winckler	Wirtschaftsstrafgesetz, München und Berlin 1954
Göppinger, Hans	Zur Kriminologie der Verkehrsdelikte, In: NJW 1959, S. 2281

- Goldschmidt, James Das Verwaltungsstrafrecht,
Berlin 1902
- Das Verwaltungsstrafrecht im Verhältnis zur
modernen Staats- und Rechtslehre,
In: Festschrift für Richard Koch,
Berlin 1903, S. 415
- Deliktobligationen im Verwaltungsrecht,
In: MIKV Bd. 22, S. 220
- Was ist Verwaltungsstrafrecht?
In: Strafrechts-Zeitung Bd. 1, S. 222
- Welche Grundsätze empfehlen sich
a) für die Abgrenzung zwischen Kriminal-
und Administrativdelikten?
b) für die Anwendung der allgemeinen Straf-
rechtsnormen auf das Administrativdelikt?
In: Dritter Deutscher Juristentag in der
Tschechoslowakei, Gutachten,
Reichenbach 1927, S. 40
- Gossrau, Eberhard Ist die Strafgewalt und Bußgeldkompetenz von
Verwaltungsbehörden mit Art. 92 GG vereinbar?
In: NJW 1958, S. 929
- Gröpl, Eberhard Zum Begriff der Rechtsprechung im Sinne
des Artikel 92 des Bonner Grundgesetzes,
Diss. München 1957
- Guderian Kriminelles und polizeiliches Unrecht,
In: ZStW Bd. 21, S. 828
- Haas-Redding Steuerstrafen und Finanzverwaltung,
In: JZ 1953, S. 45
- Habscheidt, Walter Steuerstrafen und Grundgesetz,
In: MDR 1966, S. 1
- Haertel-Joel-Schmidt Wirtschaftsstrafrecht,
Heidelberg 1949
- Hahn, Hugo, J. Über die Gewaltenteilung der Wertwelt des
Grundgesetzes,
In: Jahrb. d. ö.R. 1965, S. 14

Hamann, Andreas	Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949, Kommentar, 2. Auflage, Darmstadt 1961
Harver	Ist die Strafgewalt des Finanzamts mit dem Grundgesetz und der Menschenrechtskonvention vereinbar? In: NJW 1957, S. 88
Heinitz, Ernst	Das Problem der materiellen Rechtswidrigkeit, Breslau 1926
Henkel, Heinrich	Strafverfahrensrecht, Lehrbuch, Stuttgart und Köln 1953
Hippel, Ernst von	Gewaltenteilung im modernen Staat, Koblenz 1949
-	Allgemeine Staatslehre, Berlin und Frankfurt 1963
-	Die rechtsprechende Gewalt und das Richter-gesetz, In: JZ 1956, S. 1
Hippel, Robert von	Deutsches Strafrecht, Bd. I und II, Berlin 1925/30
Hippel, Rudolf von	Der Deutsche Strafprozeß, Marburg 1941
Hoegner, Wilhelm	Bayerisches Verfassungsrecht, München 1949
Huber, Ernst Rudolf	Der Streit um das Wirtschaftsstrafgesetz, In: DöV 1956, S. 200
-	Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2. Auflage, Tübingen 1954
Ipsen, Hans Peter	Enteignung und Sozialisierung In: VVDStRL H. 10, S. 74
Isay, Hermann	Rechtsnorm und Entscheidung, Berlin 1929

XVII

- | | |
|------------------------------|---|
| Jacobi, Ernst | Was veranlaßt zu der Forderung neuer Wege zur Ahndung von Verkehrsdelikten?
In: DAR 1960, S. 309 |
| Jahrreiss, Hermann | Mensch und Staat,
Köln und Berlin 1957 |
| Jahrreis, H. und Zinn, G. A. | Die Rechtspflege im Bonner Grundgesetz,
Tübingen 1950 |
| Jerusalem, Franz | Die Staatsgerichtsbarkeit,
Tübingen 1930 |
| Jellinek, Walter | Allgemeine Staatsrechtslehre,
3. Auflage, Berlin 1914 |
| Jescheck, Hans-Heinrich | Das deutsche Wirtschaftsstrafrecht,
In: JZ 1959, S. 457 |
| Kant, Immanuel | Metaphysische Anfangsgründe der
Rechtslehre, 2. Auflage,
Königsberg 1798 |
| Kaufmann, Arthur | Das Unrechtsbewußtsein in der Schuldlehre
des Strafrechts,
Mainz 1950 |
| Kelsen, Hans | Justiz und Verwaltung,
Wien 1929 |
| Kern, Eduard | Das künftige Schicksal der Übertretungen,
In: DDRPfl 1960, S. 266 |
| - | Rechtspflege, Grundsätzliches und Übersicht,
In: Hdb. DStR II, S. 475 |
| Klee, Karl | Zur Frage eines besonderen Verwaltungs-
strafrechts,
In: GA Bd. 71, S. 2 |
| Klein, Friedrich | Rechtsgutachten über die Zulässigkeit des
Verwaltungssteuerstrafverfahrens,
Bonn 1959 |
| - | Steuerwesen und Rechtsordnung,
In: FinArch 1953/54, S. 1 |

XVIII

Kleinknecht-Müller-Reitberger	Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, 4. Auflage, Darmstadt 1958
Kleinknecht-Müller-Sax	Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungs- und Ordnungswidrigkeitsgesetz, 6. Auflage, Darmstadt 1966
Köhler, Karl Heinz von	Die Bedeutung von § 7 OwiG im Kartellrecht, In: NJW 1966, S. 1294
Kohlhaas, Max	Zweifelsfragen im Ordnungswidrigkeitsrecht, In: JR 1959, S. 441
Kohlrausch-Lange	Strafgesetzbuch, 43. Auflage, Berlin 1961
Kormann, Karl	Beziehungen zwischen Justiz und Verwaltung, In: Jahrb. d. ö. R. Bd. 7, S. 4, 104
Kowalsky, Helmut	Das Verwaltungsstrafrecht, seine Entwicklung und Einordnung in ein modernes Staats- und Rechtssystem, Diss. Erlangen 1952
Küchenhoff, Günther	Ungeschriebene Bundeszuständigkeiten und Verfassungsauslegung, In: DVBl 1951, S. 617
-	Der Rechtsbegriff und die Rechtsidee bei Leibnitz, In: NJW 1966, S. 1193
Laband, Paul	Deutsches Reichsstaatsrecht, Bd. 3, 6. Auflage, Tübingen 1912
Lackner, Karl	Gedanken über die Ahndung der leichteren Verkehrszu widerhandlungen im künftigen Recht, In: DAR 1960, S. 309
-	Der Strafrechtsteil des Gesetzes zur Sicherung des Straßenverkehrs, In: MDR 1953, S. 73
-	Verkehrsrecht und Strafrechtsreform, In: DAR 1958, S. 286

XIX

- Lackner, Karl Zur Reform des Verkehrsstrafrechts und des
Verkehrsstrafverfahrens,
In: Folgenlose Verkehrsgefährdung als
Massenerscheinung, eine Veröffentlichung
des Kuratoriums "Wir und die Straße",
Boppard 1961, S. 151
- Lange, Richard Die Magna Charta der anständigen Leute,
In: JZ 1956, S. 519
- Nur eine Ordnungswidrigkeit?
In: JZ 1957, S. 233
- Die Ordnungswidrigkeiten bei den
Ordnungswidrigkeiten,
In: NJW 1953, S. 687
- Ordnungswidrigkeiten als Vergehen,
In: GA 1953, S. 3
- Der Strafgesetzgeber und die Schuldlehre,
In: JZ 1956, S. 73
- Laun, Rudolf Recht und Gerechtigkeit,
3. Auflage, Berlin 1935
- Laves-Bitzel-Berger Der Straßenverkehrsunfall,
Stuttgart 1956
- Lefringhausen, Eckart Untersuchungen zur materiellen Abgrenzung
der Rechtsprechung von der Verwaltung,
Diss. Bonn 1961
- Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch. Begründet von Ebermeyer-Lobe-
Rosenberg. Herausgegeben von Jagusch und
Mezger, Bd. 1, 8. Auflage,
Berlin 1957
- Lerche, Peter Verwaltungsstrafrecht,
In: HdSW Bd. 11, S. 296
- Lichti Neue Wege zur Ahndung von Verkehrsdelikten,
In: DAR 1960, S. 341

- Loppuch Der verwaltungsbehördliche Beschwerdebescheid und seine Abgrenzung vom Rechtsprechungsakt,
In: NJW 1953, S. 1126
- Lotze, Wilhelm Sind Unterwerfungsverfahren und Strafbescheide der Finanzämter mit Art. 20 und Art. 92 GG vereinbar?
In: NJW 1956, S. 1540
- Luden, Heinrich Abhandlungen aus dem Gemeinen Deutschen Strafrecht, Göttingen 1856
- Maassen Die strafrechtlichen Bestimmungen des Gesetzes zur Sicherung des Straßenverkehrs,
In: NJW 1953, S. 201
- Mangoldt, Hermann von Das Bonner Grundgesetz,
Berlin und Frankfurt 1953
- von Mangoldt-Klein Das Bonner Grundgesetz,
2. Auflage, Berlin und Frankfurt 1964
- Mattern, Gerhard Ordnungswidrigkeiten und Steuerstrafrecht,
In: Aktuelle Fragen des Steuerstrafrechts,
herausgegeben vom Bundesminister für Finanzen, Bonn 1959, S. 129
- Steuerstrafgerichtsbarkeit. Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Verhältnis von Verwaltung und Rechtsprechung,
In: StuW Bd. 27, S. 353
- Das Verwaltungs- und Steuerstrafverfahren,
In: Deutsche Steuerzeitung 1957, S. 97
- Maunz, Theodor Deutsches Staatsrecht,
15. Auflage, München und Berlin 1966
- Maunz-Dürig Grundgesetz-Kommentar,
Stand März 1966,
München und Berlin
- Maurach, Reinhart Deutsches Strafrecht AT,
3. Auflage, Karlsruhe 1965

- | | |
|-----------------------------|---|
| Mayer, Helmuth | Strafrecht AT,
Stuttgart und Köln 1953 |
| Mayer, Max Ernst | Der Allgemeine Teil des Deutschen
Strafrechts, Lehrbuch,
Heidelberg 1915 |
| - | Rechtsnormen und Kulturnormen,
Breslau 1903 |
| Mayer, Otto | Deutsches Verwaltungsrecht,
Bd. I, Berlin 1924 |
| Menger, Christian-Friedrich | Der Begriff des sozialen Rechtsstaates im
Bonner Grundgesetz,
Tübingen 1953 |
| - | Höchststrichterliche Rechtsprechung und
Verwaltungsrecht,
In: VerwArch Bd. 50, S. 193; Bd. 52, S. 196 |
| - | System des verwaltungsgerichtlichen
Rechtsschutzes, Tübingen 1954 |
| - | Das Gesetz als Norm u. Maßnahme,
In: VVDStRL, H. 15, S. 3 |
| - | Landesrecht vor Bundesgerichten,
In: Kieler Rechtswissenschaftliche
Abhandlungen Nr. 1, Hamburg 1962 |
| - | Rechtssatz, Verwaltung und Verwaltungs-
gerichtsbarkeit,
In: DöV 1955, S. 587 |
| Merk, Wilhelm | Deutsches Verwaltungsrecht,
Bd. 1, Berlin 1962 |
| Merkel, Adolf | Die Lehre vom Verbrechen und Strafe,
Stuttgart 1912 |
| Merkel, Adolf Julius | Allgemeines Verwaltungsrecht,
Wien und Berlin 1927 |
| Messerer | Zum Begriff Rechtsprechung und Richter,
In: DRiZ 1954, S. 209 |

Meyer-Jacobi-Stiefel	Typische Unfallursachen im deutschen Straßenverkehr, Verkehrsgefährdungen im amerikanischen Straf- und Strafprozeßrecht, München 1959-61
Mezger, Edmund	Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, 1956 I, S. 86
Mezger-Blei	Strafrecht AT, 11. Auflage, München und Berlin 1965
Michels, Günther	Der Rechtsstaat und die rechtsprechende Gewalt, Diss. Marburg 1953
Michels, Hans Gerhard	Strafbare Handlung und Zuwiderhandlung, Berlin 1963
Middendorff, Wolf	Die Ordnungsdelikte in Kriminologie, Strafrecht und Strafverfahren, In: Kriminologie 1961, S. 236-246, 285-291, 334-338
Mittelbach, Hans	Das Ordnungswidrigkeitsverfahren in Gegenwart und Zukunft, In: MDR 1959, S. 617
-	Die Ahndung von Verkehrsverstößen im Bußgeldverfahren, In: MDR 1958, S. 65
-	Zur Bemessung der Geldbuße bei Ordnungswidrigkeiten, In: DöV 1957, S. 251
Möllinger, Otto	Gerichtsbarekeit bei Steuerdelikten, In: AöR Bd. 80, S. 276
Müller, Fritz	Straßenverkehrsrecht, 21. Auflage, Berlin 1959-62
Müller-Tochtermann	Freiwillige Gerichtsbarekeit zwischen Rechtsprechung und Verwaltung, In: DRiZ 1956, S. 5
Neumann-Nipperdey-Scheuner	Die Grundrechte, Berlin 1954

- Nawiasky, Hans Allgemeine Staatslehre,
3. Teil, Köln 1956
- Die Grundgedanken des Grundgesetzes für die
Bundesrepublik Deutschland,
Köln 1950
- Nebinger, Robert Verwaltungsrecht AT,
2. Auflage, Stuttgart 1949
- Niese, Werner Das Steuerstrafverfahren,
In: ZStW Bd. 70, S. 337
- Nowakowsky, Friedrich Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit,
In: ZStW Bd. 63, S. 287
- Patzig, Werner Gesetz über Ordnungswidrigkeiten,
Köln, Berlin, Bonn, München 1963
- Landesgesetzgeber und Ordnungswidrigkeiten-
recht,
In: DöV 1956, S. 261
- Das Ordnungswidrigkeitenrecht.
Versuch einer theoretischen Standortbestimmung,
In: VerwArch 1959, S. 339
- Theorie und Praxis des Rechts der
Ordnungswidrigkeiten,
In: DöV 1954, S. 360
- Zehn Jahre Ordnungswidrigkeitengesetz,
In: DöV 1962, S. 737
- Peters, Hans Die Gewaltentrennung in moderner Sicht,
In: Arbeitsgemeinschaft für Forschung des
Landes NRW, H. 25,
Köln und Opladen 1954
- Lehrbuch der Verwaltung,
Berlin, Göttingen, Heidelberg 1949
- Radbruch, Gustav Einführung in die Rechtswissenschaft,
3. Auflage, Leipzig 1919
- Rechtsphilosophie, 5. Auflage, herausgegeben
von Erik Wolf, Stuttgart 1956

- | | |
|------------------------|---|
| Rosenberg, Leo | Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts,
9. Auflage, München und Berlin 1961 |
| Rotberg, Hans Eberhard | Gesetz über Ordnungswidrigkeiten,
3. Auflage, Berlin und Frankfurt 1964 |
| Rotering | Polizeiunrecht und Polizeigefahr,
In: ZStW Bd. 23, S. 352 |
| Salzmann, Peter | Die beschleunigte Ahndung von
Verkehrsdelikten,
Diss. Marburg 1962 |
| von Sarway, Otto | Das öffentliche Recht und die
Verwaltungsrechtspflege,
Tübingen 1880 |
| Sauer, Wilhelm | Rechts- und Staatsphilosophie,
Stuttgart 1936 |
| - | Grundlagen des Strafrechts,
Berlin 1921 |
| Schäfer, Karl | Empfiehlt es sich, die Dreiteilung der
strafbaren Handlungen beizubehalten?
Nach welchen Gesichtspunkten ist das krimi-
nelle Unrecht vom Verwaltungsunrecht abzu-
grenzen?
In: Niederschriften der Großen Strafrechts-
reform, Bd. 1: Grundsatzfragen,
Bonn 1956, S. 69 |
| Schaffstein, Friedrich | Das Verbrechen einer Rechtsgutsverletzung?
In: Deutsches Strafrecht 2, S. 97 |
| Schaper, Rudolf | Das Werden und Wesen des staatlichen
Ordnungsstrafrechts in der Wirtschaft,
Diss. Jena 1940 |
| Scheuner, Ulrich | Der Bereich der Regierung,
In: Festschrift für Rudolf Smend,
Göttingen 1952, S. 251 |
| - | Probleme und Verantwortung der Verfassungs-
gerichtsbarkeit in der Bundesrepublik,
In: DVBl 1952, S. 293 |

- Scheuner, Ulrich Verwaltung und Rechtsprechung,
In: VVDStRL H. 14, S. 181
- Schicker, Arthur Umstellung von Verkehrsstraftatbeständen
auf Ordnungswidrigkeiten.
Bericht über die Beratungen einer Länder-
kommission.
In: DVBl 1959, S. 158
- Schmidhäuser, Eberhard Gesinnungsmerkmale im Strafrecht,
Tübingen 1958
- Schmidt, Eberhard Empfiehlt es sich, die Dreiteilung der straf-
baren Handlungen beizubehalten? Nach welchen
Gesichtspunkten ist das kriminelle Unrecht
vom Verwaltungsunrecht abzugrenzen?
In: Niederschriften über die Sitzungen der
Großen Strafrechtskommission,
Bonn 1956, Bd. 1, S. 67, 333
- Kriminalpolitische und strafrechtsdogmatische
Probleme der deutschen Strafrechtsreform,
In: ZStW Bd. 69, S. 359
- Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und
zum Gerichtsverfassungsgesetz,
2. Auflage, Göttingen 1957-64
- Das neue westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht,
Tübingen 1950
- Probleme des Wirtschaftsstrafrechts,
In: SJZ 1948, S. 226
- Die Rechtsstellung der Staatsanwaltschaft,
In: MDR 1951, S. 1
- Strafrecht und Disziplinarrecht,
In: Beitr. z. ö.R. 1950, S. 87
- Straftaten und Ordnungswidrigkeiten,
In: JZ 1951, S. 101
- Schneider, Peter Zur Problematik der Gewaltenteilung im
Rechtsstaat der Gegenwart,
In: AöR Bd. 82, S. 1

Schönke-Schröder	Strafgesetzbuch, 12. Auflage, München und Berlin 1965
Schönke-Schröder-Niese	Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, 8. Auflage, Karlsruhe 1956
Schropp, Otto	Die Abgrenzung des kriminellen Unrechts vom Verwaltungsunrecht unter besonderer Berück- sichtigung des geltenden Wirtschaftsstrafrechts, Diss. Erlangen 1954
Seeböhm, Hans-Christoph	Die Entwicklung des Straßenverkehrs seit Bestehen der Bundesrepublik, In: Festgabe für Fritz Müller, Berlin, Bielefeld, München 1953
-	Folgenlose Verkehrsgefährdung als Massenerscheinung, In: Folgenlose Verkehrsgefährdung als Massen- erscheinung, eine Veröffentlichung des Kuratoriums "Wir und die Straße", Boppard 1961, S. 13
Seumenicht, Karl	Die verwaltungsrechtliche Wesensart der Ordnungsstrafe, Diss. Hamburg 1939
Smend, Rudolf	Verfassung und Verfassungsrecht, Berlin 1929
Stahl, Friedrich Julius	Philosophie des Rechts, Bd. 2, 4. Auflage, Heidelberg 1870
Stein, Friedrich	Grenzen und Beziehungen zwischen Justiz und Verwaltung, Tübingen 1912
Stoecker, Dieter	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, München und Berlin 1952
-	Das Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, In: MDR 1952, S. 385
Strauß, Walter	Die rechtsprechende Gewalt im Bonner Grundgesetz, In: SJZ 1949, Sp. 524

- | | |
|----------------------------|---|
| Süsterhenn-Schäfer | Kommentar zur Verfassung von Rheinland-Pfalz mit Berücksichtigung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, Koblenz 1950 |
| Thoma-Anschütz | Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Tübingen 1932 |
| Trops, Fritz | Begriff und Wert eines Verwaltungsstrafrechts, Breslau 1926 |
| Umhauer | Ein Beitrag zur Lehre vom Begriff und Wesen des Polizeideliktes, Diss. Freiburg 1912 |
| von Unruh, Georg-Christoph | Administrative Vollzugsmaßnahmen im Rahmen polizeilicher Befugnis,
In: Festgabe für Günter Küchenhoff, Göttingen 1967, S. 265 |
| Utz, Arthur-Fridolin | Sozialethik, Heidelberg 1958 |
| von Weber, Helmuth | Die Durchsetzung der Grundrechte der Europäischen Menschenrechtskonventionen in der innerdeutschen Strafrechtspflege,
In: MDR 1955, S. 386 |
| Weber, Werner | Die Teilung der Gewalten als Gegenwartsproblem,
In: Festschrift für Carl Schmitt, Berlin 1959, S. 253 |
| Weiss, Wolfgang | Wesen und Bedeutung des Wirtschaftsstrafrechts,
In: Neue Justiz 1949, S. 53 |
| Welzel, Hans | Das Deutsche Strafrecht, 9. Auflage, Berlin 1965 |
| - | Fahrlässigkeit und Verwaltungsdelikte. Zur Dogmatik der fahrlässigen Delikte,
In: Juristische Studiengesellschaft H. 49, Bonn 1961 |
| - | Der Verbotsirrtum im Nebenstrafrecht,
In: JZ 1956, S. 238 |

- Wendland, Heinz-Dietrich Einführung in die Sozialethik,
Berlin 1963
- Wimmer, August Die Ahndung der Ordnungswidrigkeiten und
der Schuldvorwurf,
In: NJW 1960, S. 1545
- Fahrlässige Verletzung und Gefährdung im
Straßenverkehr als Straftat und Ordnungs-
widrigkeit im kommenden Recht,
Düsseldorf 1958
- Kriminelle fahrlässige Verletzung und
Gefährdung im Straßenverkehr,
In: DAR 1958, S. 145
- Kriminelles Unrecht und Ordnungswidrigkeiten
im künftigen Straßenverkehrsrecht,
In: DAR 1957, S. 169
- Straftat und Ordnungswidrigkeit,
In: NJW 1957, S. 1169
- Wolf, Erik Die Stellung der Verwaltungsdelikte
im Strafrechtssystem,
In: Festgabe für Reinhard von Frank, Bd. 2,
Tübingen 1930
- Wolff, Hans Julius Verwaltungsrecht I,
6. Auflage, München und Berlin 1965
- Die Voraussetzungen eines "besonderen
Verwaltungsgerichts", dargestellt am Beispiel
der Spruchkammern bei den Oberversicherungs-
ämtern,
In: MDR 1951, S. 67
- Über die Gerechtigkeit als principum iuris,
In: Festschrift für Wilhelm Sauer,
Berlin 1949, S. 103
- Zimmerl, Leopold Das österreichische Verwaltungsstrafgesetz,
In: GS Bd. 98, S. 303
- Zinn, Georg-August Die Rechtsprechung,
In: DöV 1949, S. 278

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

AöR	Archiv für öffentliches Recht
AT	Allgemeiner Teil
Bad StGH	Badischer Strafgerichtshof
BAnz	Bundesanzeiger
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Bundesgerichtshof in Strafsachen
BGHStE	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
Beitr. z. ö. R.	Beiträge zum öffentlichen Recht
BK	Bonner Kommentar
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
DAR	Deutsches Autorecht
DDRPfI	Der Deutsche Rechtspfleger
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DöV	Die öffentliche Verwaltung
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DVB1	Deutsches Verwaltungsblatt
DVerw	Deutsche Verwaltung
E	Entwurf
FGG	Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
FinArch	Finanz-Archiv
GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht und Strafprozeß
GG	Grundgesetz

GS	Der Gerichtssaal
GVBl	Gesetz- und Verordnungsblatt
GWB	Gesetz über Wettbewerbsbeschränkungen
H.	Heft
HdbDStR	Handbuch des Deutschen Staatsrechts
HdSW	Handbuch der Sozialwissenschaften
Jahrb. d. ö. R.	Jahrbuch des öffentlichen Rechts
JR	Juristische Rundschau
JZ	Juristenzeitung
KartG	Kartellgesetz (Gesetz über Wettbewerbsbeschränkungen)
LK	Leipziger Kommentar
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
MIKV	Mitteilungen der internationalen kriminalistischen Vereinigung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NRW	Nordrhein-Westfalen
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
OwiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
PrALR	Preußisches Allgemeines Landrecht
RAO	Reichsabgabenordnung
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung
Sp	Spalte
StA	Staatsanwaltschaft
Sten. Ber.	Stenografische Berichte
StGB	Strafgesetzbuch

StGH	Strafgerichtshof
StPO	Strafprozeßordnung
StuW	Steuer und Wirtschaft
StVG	Straßenverkehrsgesetz
StVO	Straßenverkehrsordnung
StVZO	Straßenverkehrszulassungsordnung
Verf.	Verfassung
VerwArch	Verwaltungsarchiv
VerwRspr	Verwaltungsrechtsprechung
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Strafrechtslehrer
VwVG	Verwaltungsvollstreckungsgesetz
Wahlp.	Wahlperiode
WiGB1	Wirtschaftsgesetzblatt
WiStG	Wirtschaftsstrafgesetz
WVbVO	Wasserverbandsverordnung
WV	Weimarer Verfassung
ZJB1	Zentraljustizblatt für die Britische Zone
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß

A. EINLEITUNG

Die Sanktionierung der Delikte des Straßenverkehrs liegt seit je im Grenzbereich der Kompetenzen von Rechtsprechung und Verwaltung. Die Verkehrsdelikte gehören, jedenfalls soweit es sich de lege lata um Übertretungen handelt, von alters her zum sogenannten Polizeiunrecht. Sie wurden jahrzehntelang in den Grenzen der polizeilichen Strafverfügung unmittelbar durch die Polizeibehörden geahndet, und sollten nach den Entwurfsarbeiten der Jahre nach 1920 im Verlaufe der weiteren Entwicklung einem besonderen Reichspolizeistrafgesetzbuch zugewiesen und dadurch aus dem Bereich des kriminellen Strafrechts ausgeschieden werden ¹⁾. Sie werden nach dem derzeitigen Recht zu einem sehr großen Teil durch das Mittel der gebührenpflichtigen Verwarnung nach § 22 StVG unmittelbar und allein durch die Polizeibehörden verfolgt.

Wenn nach den derzeitigen Entwürfen eines neuen Strafgesetzbuches die bisherige Dreigliedrigkeit der justizmäßig zu ahndenden Delikte in Verbrechen, Vergehen und Übertretungen zugunsten einer Zweiteilung allein in Verbrechen und Vergehen unter Auflösung des Blockes der Übertretungen, die ihrerseits entweder in den Bereich der Vergehen oder in den Bereich der Ordnungswidrigkeiten einbezogen werden sollen, vorgeschlagen wird ²⁾, so ergibt sich daraus u. a. die Notwendigkeit einer erneuten Standortbestimmung der Verkehrsdelikte im Grenzbereich zwischen Rechtsprechung und Verwaltung.

Ist die Ahndung der Straßenverkehrsdelikte Aufgabe der Rechtsprechung, oder ist sie eine Aufgabe der Verwaltung? Eine Antwort auf diese Frage zu finden, ist Aufgabe der vorliegenden Untersuchung. Eine solche Antwort läßt sich nicht, wie man nach dem vorstehend Gesagten vermuten könnte, allein in verkehrsstrafrechtlichen Erwägungen finden; sie setzt vielmehr umfangreiche Erörterungen über die Möglichkeit der Ausgrenzung eines besonderen Verwaltungsstrafrechts aus dem Bereich des Kriminalstrafrechts, sowie die Klärung der äußerst problematischen verfassungsrechtlichen Frage nach der materiellen Trennung von Rechtsprechung und Verwaltung voraus.

Die vorliegende Abhandlung erarbeitet im ersten Teil eine allgemeine Differenzierung von Kriminalunrecht und Verwaltungsunrecht ³⁾ und von Straftat und

1) Vgl. Einleitung zur amtlichen Begründung des E. AT, StGB, 1925.

2) E. 62, Einleitung zum Besonderen Teil und Anm. zu § 12. Zum genauen Wortlaut s. u. S. 52 Anm. 4.

3) Die Ausdrücke "Ordnungsunrecht", "Verwaltungsunrecht", "Verwaltungswidrigkeit" und "Polizeiunrecht" werden in dieser Untersuchung synonym verwandt.

Ordnungswidrigkeit. Diese allgemeine Unterscheidung fußt auf der seit James Goldschmidt zu diesem Thema in großer Zahl erschienenen Literatur sowie auf der vom Gesetzgeber im Wirtschaftsstrafgesetz vom 26. Juli 1949 (WiGBI. S. 193) und im Gesetz über Ordnungswidrigkeiten vom 25. März 1952 (BGBI. I S. 177) vorgezeichneten Richtlinie einer Trennung der Unrechtsbereiche.

Die Ergebnisse des ersten Hauptteiles verwendet der zweite Hauptteil, der die Straßenverkehrsdelikte in die Komplexe von Kriminalunrecht und Verwaltungsunrecht, von Straftat und Ordnungswidrigkeit, einordnet.

Der dritte Hauptteil befaßt sich mit der Frage der Verfassungsmäßigkeit verwaltungsbehördlicher Unrechtsahndung.

Einer Erörterung der besonderen verfassungsrechtlichen Problematik der verwaltungsbehördlich ergehenden gebührenpflichtigen Verwarnung des § 22 StVG bedarf es im Rahmen dieser Untersuchung jedoch nicht. Die Besonderheit der sich aus der derzeitigen gesetzlichen Regelung ergebenden Problematik der gebührenpflichtigen Verwarnung des § 22 StVG besteht darin, daß die verwaltungsbehördlich festgesetzte gebührenpflichtige Verwarnung die Justizstrafe ersetzt ¹⁾. Sobald jedoch die Delikte, für welche die gebührenpflichtige Verwarnung ergehen darf (leichtere Verkehrsübertretungen), entsprechend den Ergebnissen des zweiten Teiles dieser Abhandlung als Verwaltungsunrecht der verwaltungsbehördlichen Ahndungskompetenz unterstellt werden, verliert die Problematik der gebührenpflichtigen Verwarnung ihre Besonderheit; denn dann tritt die verwaltungsbehördliche gebührenpflichtige Verwarnung lediglich an die Stelle der verwaltungsbehördlichen Verwaltungsstrafe. Es bleibt dann nur die allgemeine, im dritten Hauptteil erörterte verfassungsrechtliche Problematik der Unrechtsahndung durch Verwaltungsbehörden als Problem zu untersuchen.

1) § 22 Abs. 2 StVG.

B. ERSTER HAUPTTEIL:

DIE DIFFERENZIERUNG VON KRIMINALSTRAFRECHT UND VERWALTUNGSSTRAFRECHT

1. KAPITEL

Einleitende Problemstellung

a) Die im Mittelpunkt der Erörterungen um die verwaltungsbehördliche Sanktionierung der Straßenverkehrsdelikte stehende Kernfrage lautet: Dürfen Verwaltungsbehörden Unrecht ahnden? Diese Frage betrifft drei voneinander verschiedene Problemkreise. Sie betrifft erstens die Streitfrage, ob und inwieweit es ein begrifflich von Kriminalstrafrecht, das der Kompetenz der Gerichte angehört, verschiedenes Verwaltungsstrafrecht gibt, das durch Verwaltungsbehörden ausgeübt wird. Sie führt zweitens zu der Kompetenzfrage, ob, wenn es ein begrifflich vom Justizstrafrecht unterschiedenes Verwaltungsstrafrecht gibt, dieses nach Art. 92 GG den Richtern anvertraut ist. Sie wirft drittens die logisch nachgeordnete Frage auf, inwieweit Verwaltungsbehörden den Richtern nach Art. 92 GG anvertraute Aufgaben der Strafrechtsprechung in einem sogenannten Verwaltungsvorschaltverfahren ausüben dürfen, wie es z. Zt. noch im Bereich des Finanzstrafrechts praktiziert wird ¹⁾. Diese drei Problemkreise bauen sich in der angegebenen Reihenfolge aufeinander auf. Erst wenn feststeht, daß es ein begrifflich vom Kriminalstrafrecht verschiedenes Verwaltungsstrafrecht gibt, stellt sich die Frage danach, ob dieses Verwaltungsstrafrecht in den Bereich der nach Art. 92 GG den

1) Vgl. §§ 392 ff AO in der bis zum 18. 8. 1967 gültigen Fassung ⁺⁾ . Die Vereinbarkeit eines solchen Verwaltungsvorschaltverfahrens ist stark umstritten. Für vereinbar mit der Verfassung wird dieses Verfahren angesehen u. a. von: BGH in NJW 1959 S. 1230; Friesenhahn, Festschrift für Thoma, S. 45; Harver, NJW 1957, S. 88; Mattern, StuW 27, S. 353; Klein, Gutachten, S. 17. Für verfassungswidrig halten es u. a.: Arndt, NJW 1959, S. 1230; Menger, JZ 1960, S. 168; Lotze, NJW 1956, S. 1540 f; von Weber, MDR 1955, S. 386.

+) Nachtrag: Durch Gesetz vom 18. 8. 1967 (BGBl. I S. 877) wurden die §§ 432 ff AO neu gefaßt. Mit dieser Neufassung entfällt die Strafkompetenz der Finanzämter. Steuerstrafen werden nun ausschließlich durch die Gerichte verhängt.

Richtern anvertraute Rechtsprechung gehört. Nur für den Fall, daß diese Frage bejaht wird, daß also das Verwaltungsstrafrecht Rechtsprechung im Sinne des Art. 92 GG ist, stellt sich die Frage, ob die Verwaltungsbehörden im Wege des sogenannten Vorschaltverfahrens in diesem Gebiet tätig werden dürfen.

Der erste Teil der vorliegenden Untersuchung befaßt sich allein mit der ersten der hier gestellten Fragen, d. h. mit der Frage nach einer begrifflichen Differenzierbarkeit von Kriminalstrafrecht und Verwaltungsstrafrecht. Dabei kann es nicht darum gehen, eine Differenzierung der Unrechtsbereiche formell von der Rechtsfolge her vorzunehmen. Nicht die Tatsache, daß bestimmtes Verhalten mit Verwaltungsstrafen in der Form der Geldbuße oder mit Kriminalstrafe bedroht ist, soll hier als die entscheidende behandelt werden. Ebenso wenig kann auf die Art und Weise des staatlichen Strafverfahrens abgestellt werden. Die zu erörternde Frage ist vielmehr die der materiellen Trennung der Unrechtsbereiche, d. h. die Frage danach, ob sich innerhalb der Unrechtstaten aus der Materie selbst - nicht aus der Art ihrer Behandlung durch den Staat - Differenzen finden lassen, die eine Trennung des Verwaltungsstrafrechts vom Justizstrafrecht rechtfertigen.

Die Möglichkeit einer begrifflichen Trennung von Verwaltungsstrafrecht und Kriminalstrafrecht ist seit James Goldschmidt, der als erster die Herauslösung des Verwaltungsstrafrechts aus dem Bereich des allgemeinen Strafrechts forderte ¹⁾ und damit der auch vorher bereits erörterten Problematik des Verwaltungsstrafrechts ²⁾ allgemeine Aufmerksamkeit vermittelte, ein Objekt ständigen Streites gewesen ³⁾.

Die zu dieser Problematik ergangenen Veröffentlichungen, sei es die begriffliche Differenzierbarkeit der Unrechtsbereiche bejahenden, sei es, sie verneinenden Inhalts, sind in einer überraschenden Vielzahl und Vielfältigkeit vertreten. Zu Recht hat daher Welzel diese Problematik als eine solche bezeichnet, "über die schon Ströme von Schweiß geflossen sind" ⁴⁾, während von Hippel sogar von einer "die Juristen in Verzweiflung setzenden Problematik" spricht ⁵⁾.

- 1) James Goldschmidt, Das Verwaltungsstrafrecht (1902); Das Verwaltungsstrafrecht im Verhältnis zur modernen Staats- und Rechtslehre (1903); Was ist Verwaltungsstrafrecht (1914); Welche Grundsätze empfehlen sich für die Abgrenzung zwischen Kriminal- und Administrativdelikte? (1927)
- 2) Vgl. Feuerbach, Lehrbuch des peinlichen Rechts (1847), §§ 22, 432 ff.
- 3) Literaturangaben dazu befinden sich in den nachfolgenden Darstellungen der einzelnen Lehrmeinungen.
- 4) Welzel, JZ 1956, S. 240.
- 5) von Hippel, Deutsches Strafrecht, Bd. II, S. 103, Anm. 6.

Der Schwerpunkt der um die Differenzierbarkeit des Verwaltungsstrafrechts vom Kriminalstrafrecht geführten Diskussion hat sich im Laufe der Zeit verlagert. Zunächst ging es allgemein um die Frage des "ob überhaupt", d. h. um die Frage, ob es überhaupt möglich ist, das Verwaltungsstrafrecht vom Kriminalstrafrecht zu trennen ¹⁾. Der Verwaltungsstrafrechtstheorie Goldschmidt's und der auf ihr aufbauenden, sie rechtsphilosophisch vertiefenden und sie zu einem echten allgemeinen Teil des Verwaltungsstrafrechts ausbauenden Theorie Erik Wolf's ²⁾, sowie dem diese Theorie in neuerer Zeit entschieden verfechtenden Eberhard Schmidt ³⁾ folgend hat der Gesetzgeber im Wirtschaftsstrafgesetz vom 26. Juli 1949 (WiGBL. S. 193) und im bedeutenderen, da umfassenderen Gesetz über Ordnungswidrigkeiten vom 25. März 1952 (BGBL. I S. 177) ⁴⁾ die Möglichkeit einer Trennung des Verwaltungsstrafrechts vom Kriminalstrafrecht anerkannt. Nun verschob sich der Schwerpunkt der Diskussion auf die Frage des "wie", d. h. auf die Frage, durch welche Kriterien beide Unrechtsbereiche voneinander unterschieden seien.

b) Immer wieder ist die wesensmäßige Unterscheidung von Kriminalunrecht und Verwaltungsunrecht und damit die materielle Berechtigung der Ausscheidung des Verwaltungsstrafrechts aus dem Bereich des allgemeinen Strafrechts mit der Begründung abgelehnt worden, es handle sich bei dieser Unterscheidung nicht um eine qualitative, sondern lediglich um eine quantitative ⁵⁾. Die Delikte des

-
- 1) Vgl. dazu für alle die unterschiedlichen Meinungen: Goldschmidt, Festgabe für Koch, S. 415 ff, und Trops, Begriff und Wert.
 - 2) Erik Wolf, Die Stellung der Verwaltungsdelikte im Strafrechtssystem, Festgabe für Frank, Bd. II, S. 516 ff.
 - 3) Eberhard Schmidt, Strafrecht und Disziplinarrecht; Das neue westdeutsche Wirtschaftsstrafgesetz; Straftat und Ordnungswidrigkeit, JZ 1951, S. 101 ff; Probleme des Wirtschaftsstrafgesetzes, SJZ 1949, Sp. 226 ff; Empfiehlt es sich, die Dreiteilung der strafbaren Handlungen beizubehalten?, Niederschriften zur großen Strafrechtskommission, 1956, Bd. I, S. 67 ff, 84 f, 333 ff.
 - 4) Das OwiG dehnt die Unterscheidung zwischen Straftat und Ordnungswidrigkeit, wie sie schon vorher im WiStG für den Bereich der Wirtschaft getroffen worden ist, auf alle Gebiete aus, in denen der Bund von seiner Gesetzgebung Gebrauch macht (§ 3 OwiG).
 - 5) Vor Erlaß von WiStG und OwiG u. a.: von Hippel, Strafrecht, Bd. I, S. 349, Fußn. 7; Bd. II, S. 103 ff; Trops, Begriff und Wert eines Verwaltungsstrafrechtes. Nach Erlaß von WiStG und OwiG u. a.: Welzel, JZ 1956, S. 238 ff;

Verwaltungsstrafrechts seien lediglich Bagatellfälle des allgemeinen Strafrechts. Ein Unterschied zum Kriminalunrecht könne bei ihnen nur im Grade der Schwere der Rechtsverletzung gefunden werden. Sie seien diejenigen Delikte, die als so geringfügig betrachtet werden müßten, daß bei ihnen lediglich das geringste Mittel der Unrechtsahndung in Betracht käme ¹⁾. Für diese kleinen Delikte sei deshalb eine ihr geringen Bedeutung entsprechende materielle und prozessuale Behandlung angeordnet worden ²⁾. Die "rein formelle Umetikettierung der Strafe in Geldbuße" könne aber nicht darüber hinwegtäuschen, daß es sich hier um eine "zweckwidrige Aufsplitterung der staatlichen Strafgewalt" in der Form der Aussonderung der Bagatelldelikte aus der Kompetenz der Justiz handele ³⁾.

c) Dagegen behaupten die Vertreter eines besonderen, vom allgemeinen Strafrecht getrennten Verwaltungsstrafrechts einen wesensgemäßen, d. h. einen qualitativen Unterschied zwischen Kriminalunrecht und Verwaltungsunrecht. Nicht die Bagatellität unterscheide das Verwaltungsunrecht primär vom Kriminalunrecht, sondern die Qualität des Unrechts ⁴⁾. Wer nur den Bagatellcharakter im Verwaltungsdelikt zu erkennen glaube, verkenne den wahren Charakter des Verwaltungsunrechts; denn wenn auch in der Tat das Verwaltungsdelikt mit sachlich geringer, zumeist sogar mit keiner Güterschädigung verbunden sei, so sei es doch nicht die Geringfügigkeit, die diese Delikte auszeichnen, sondern die Eigenart in Wesen und Voraussetzung des strafbaren Verhaltens ⁵⁾. Das Verwaltungsdelikt sei gegenüber dem Kriminaldelikt Unrecht anderer Gattung ⁶⁾. Zwischen beiden Deliktsarten bestünde nicht das Verhältnis des plus zum minus, sondern das des aliud zum

Fortsetzung der Fußnote 5) von Seite 5

JZ 1957, S. 130 ff; Jescheck, JZ 1959, S. 460 ff; Helmuth Mayer, Strafrecht AT, S. 42, 72 ff; Peters, Lehrbuch der Verwaltung, S. 185 f; Sax in Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Bd. III, 2, S. 919 ff.

1) von Hippel, Strafrecht, Bd. II, S. 106.

2) von Hippel, Strafrecht, Bd. I, S. 349.

3) Helmuth Mayer, Strafrecht, AT, S. 47.

4) BGH, GA 53, S. 80; OLG Karlsruhe, NJW 1955, S. 1200; OLG Köln, NJW 1954, S. 245; OLG Celle, NJW 1960, S. 880 f; Rotberg, a. a. O., S. 27; Eberhard Schmidt, Das neue westdeutsche Strafgesetz, S. 26 f; Patzig, Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, S. 5; Lange, JZ 1956, S. 73.

5) Rotberg, Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, S. 27.

6) BGH, DDevR, 52, S. 170; Das Gesetz will den Unterschied "nicht als gradmäßigen, sondern als grundsätzlichen behandelt wissen".

aliud¹⁾. So spreche u. a. bereits die Höhe der gesetzlichen Bußgeldandrohung, die im Bereich des Kartellgesetzes bis zu 100 000,- DM beträgt²⁾, gegen die Ansicht, das Verwaltungsstrafrecht sei reines Bagatellstrafrecht. Die unterschiedliche Behandlung beider Unrechtsbereiche beruhe mithin keineswegs auf der minder schweren Bedeutung der Delikte des Verwaltungsstrafrechts, sondern auf dem unterschiedlichen Unrechtsgehalt beider Deliktsarten³⁾. Demgemäß sei auch die im Bereich des Verwaltungsstrafrechts verhängte Unrechtssanktion eine qualitativ von der Kriminalstrafe verschiedene. Die Geldbuße des Ordnungswidrigkeitsverfahrens sei nicht lediglich eine Bagatellstrafe, sondern eine strukturell von der Kriminalstrafe durch Ziel und Art ihrer Anwendung verschiedene⁴⁾.

Trotz der grundsätzlichen Übereinstimmung sämtlicher, die Aussonderung des Verwaltungsstrafrechts aus dem Bereich des allgemeinen Strafrechts befürwortender Stimmen darin, daß das Verwaltungsunrecht sich qualitativ vom Kriminalunrecht unterscheide, besteht innerhalb dieser Gruppe Uneinigkeit über die Kriterien, die diesen qualitativen Unterschied zwischen Kriminalunrecht und Verwaltungsunrecht ausmachen⁵⁾.

Die Vielzahl der zu diesem Problem ergangenen Theorien, so unübersehbar und verwirrend sie bei erster Betrachtung auch erscheinen mag, läßt sich auf zwei

-
- 1) Rotberg, a. a. O.
 - 2) §§ 38 - 41 des Gesetzes über Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) vom 27. Juli 1957, BGBl. I, S. 1081.
 - 3) Patzig, aaO; Eberhard Schmidt, aaO.
 - 4) Eberhard Schmidt, aaO, S. 44.
 - 5) Dieser materielle Unterschied ist u. a. gesehen worden: im Angriff gegen "Wollendürfen" und "Wohlfahrt" (Goldschmidt, Verwaltungsstrafrecht); im Angriff gegen Rechtsgüter und Verwaltungsgüter (Erik Wolf, Die Stellung); im Angriff auf subjektive Rechte und einfachen Ungehorsam (Feuerbach, Lehrbuch des peinlichen Rechts, §§ 22, 432 ff); im Angriff gegen Rechtsgüter und Gesetzesungehorsam (Eberhard Schmidt, SJZ 1948, Sp. 225); in der konkreten und der abstrakten Gefährlichkeit (Frank, Studien, S. 15); in der Zuwiderhandlung gegenüber Kulturnormen und Rechtsnormen (M. E. Mayer, Rechtsnormen und Kulturnormen); im Gegensatz von an sich böser und an sich nichtböser Tat (Wimmer, Fahrlässige Verletzung); im sozialetischen Unwert der Tat (Lange, JZ 1956, S. 77); im Verstoß gegen die zehn Gebote und sonstigem Ungehorsam (Stahl, Philosophie, II, 2, S. 694).

wesentliche Gesichtspunkte konzentrieren. Schwerpunkte sind der Gedanke des Güterangriffs einerseits und der des ethischen Unwerts der Tat andererseits. Sämtliche Vertreter der Theorie eines besonderen Verwaltungsstrafrechts unterscheiden, wie noch zu zeigen sein wird, die Unrechtshandlung des Kriminalstrafrechts von der des Verwaltungsstrafrechts zumindest in einem dieser Punkte.

Verwaltungsstrafrecht und Kriminalstrafrecht sollen daher auch im Rahmen der vorliegenden Untersuchung unter Einbeziehung der wesentlichen zu diesem Problemkreis ergangenen Theorien unter den beiden Gesichtspunkten des Güterangriffs und des Unwertes der Handlung gegeneinander abgegrenzt werden. Dabei wird es nicht möglich sein, jede dies Gebiet berührende Meinung gesondert und umfassend darzustellen. Eine solche Aufzählung würde den Rahmen dieser Untersuchung überschreiten und eher verwirrend als klärend wirken. Die einzelnen Theorien sollen daher, sofern sie schwerpunktmäßig übereinstimmen, schematisiert zusammengefaßt und besprochen werden.

2. KAPITEL

Die Differenzierung von Kriminalstrafrecht und Verwaltungsstrafrecht unter dem Gesichtspunkt des Güterangriffs

1) DAS KRIMINALDELIKT ALS ANGRIFF AUF SUBJEKTIVE RECHTE. DIE LEHRE FEUERBACH'S.

Eine der ältesten zum Verwaltungsstrafrecht ergangenen Lehren ist diejenige Feuerbach's¹⁾, die, wenn sie auch inzwischen in wesentlichen Punkten als unzutreffend erkannt worden ist, richtungweisend für die Unterscheidung der Unrechtsbereiche von Kriminalstrafrecht und Verwaltungsstrafrecht unter dem Gesichtspunkt des Güterangriffs geworden ist. Ihr zufolge sind Handlungen, die sich gegen ein subjektives Recht des Einzelnen oder des Staates richten, Kriminaldelikte, während alle übrigen Delikte dem Verwaltungsunrecht, der "Polizeiübertretung", angehören.

1) Feuerbach, Lehrbuch des peinlichen Rechts, §§ 22, 432 ff; ähnlich Luden, Abhandlungen, Bd. II, S. 172 ff.

Feuerbach erkannte nach den Grundsätzen des Naturrechts nur Verletzungen subjektiver Rechte als Kriminaldelikte ("Verbrechen") an. Er argumentiert: Subjektive Rechte "der Untertanen im Staate oder des Staates selbst" bestünden als solche unabhängig vom Vorhandensein eines sie sichernden Gesetzes; sie könnten also auch unabhängig vom Bestand eines sie sichernden Gesetzes verletzt werden. Die sich gegen diese Rechte richtenden Handlungen seien Verbrechen im engeren Sinne. Wenn der Staat weitere Verhaltensweisen unter Verbot und Strafe stelle, so seien diese, da sie sich nicht gegen an sich bestehende subjektive Rechte richteten, lediglich Verletzungen des staatlichen Rechtes auf Gehorsam. Diese Gebote und Verbote des Staates ergingen zur Förderung des gemeinen Besten. Der Staat sei berechtigt, "durch Polizeigesetze auf seine Zwecke mittelbar hinzuwirken und durch diese an sich nicht rechtswidrige Handlungen zu verbieten" ¹⁾. Da diese Delikte nicht unmittelbar die "Rechtsordnung", sondern lediglich das "Recht des Staates auf Gehorsam" verletzten, seien sie nicht "Verbrechen im engeren Sinne", sondern "Polizeiübertretungen".

Die Lehre Feuerbach's enthält die wichtige und, wie unten ²⁾ noch zu zeigen sein wird, für die Grenzziehung zwischen Verwaltungsstrafrecht und Kriminalstrafrecht grundlegende Erkenntnis des Unterschiedes zwischen Rechtsverletzung einerseits und Gesetzesverletzung andererseits. Diese Erkenntnis wird von den meisten der späteren Theorien eines besonderen Verwaltungsstrafrechts fruchtbringend genutzt ³⁾. Die Theorie Feuerbach's enthält jedoch in der Identifizierung des Kriminaldelikts mit dem Angriff auf subjektive Rechte einen grundlegenden Irrtum ⁴⁾. Wäre diese Vorstellung Feuerbach's zutreffend, so gehörten Tatbestände, wie Kuppelei, Blutschande, Ehebruch und ähnliche nicht gegen subjektive Rechte gerichteten Delikte dem Verwaltungsunrecht an. Diese Konsequenz ist jedoch mit der geltenden gesetzlichen Regelung und der allgemeinen Wertung dieser Delikte nicht vereinbar ⁵⁾.

1) Feuerbach, a. a. O., § 22.

2) S. unten S. 12 ff.

3) Vgl. u. a. Eberhard Schmidt, Das neue westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht, S. 26 ff; Jagusch, LK, vor § 13 Vorbem. B III 1; Lange, JZ 1956, S. 78.

4) Diesen Irrtum rügt bereits der Herausgeber der 14. Auflage des Feuerbach'schen Lehrbuches, Mittermaier, § 22, Note IV; so u. a. auch M. E. Mayer, Rechtsnorm und Kulturnormen, S. 116, Anm. 7.

5) Maurach, AT, § 19 II A 1; von Hippel, aaO, S. 297.

2) DAS KRIMINALDELIKT ALS ANGRIFF GEGEN RECHTSGÜTER - DAS VERWALTUNGSDELIKT ALS GESETZESUNGEHORSAM

a) Der von Feuerbach zur Abgrenzung von Kriminalunrecht und Verwaltungsunrecht wesentlich verwandte Gesichtspunkt der Differenzierbarkeit von Rechtsverletzung und Gesetzesverletzung fand, wie bereits erwähnt wurde, in der späteren Lehre viel Beifall, wobei man allerdings den Begriff der Rechtsverletzung nicht mehr im Sinne einer Verletzung subjektiver Rechte verstand. Vielmehr war es nunmehr der Rechtsgüterangriff, der dem einfachen Gesetzesungehorsam gegenübergestellt wurde ¹⁾. Die charakteristische Differenz zwischen Kriminalunrecht und Verwaltungsunrecht wurde und wird von einem großen Teil der Lehre auch heute noch darin gesehen, daß das Kriminaldelikt einen Angriff auf Rechtsgüter enthält, während dem Verwaltungsdelikt ein solcher Rechtsgüterangriff nicht wesentlich ist, und es sich in der Übertretung des formellen Gesetzes erschöpft ²⁾. In diesem Sinne sagt Merkel: Die Bestrafung im Kriminalstrafrecht beruhe auf einem Formalgrund und einem Materialgrund. Formalgrund sei die Nichtbeachtung der Rechtsnorm, des Gesetzes. Materialgrund sei der Angriff gegen die durch Gesetz geschützten Rechtsgüter. Demgegenüber beruhe die Bestrafung im Verwaltungsstrafrecht allein auf dem Formalgrund der Gesetzesübertretung; hier habe der Gesetzgeber von einem im konkreten Einzelfall erweislichen Vorhandensein des Materialgrundes abgesehen ³⁾. Ähnlich argumentieren Erik Wolf und Eberhard Schmidt ⁴⁾. Auch ihrer Meinung nach ist das Kriterium des Angriffs gegen Rechtsgüter nur dem Kriminaldelikt wesentlich; das Verwaltungsdelikt richte sich dagegen nur gegen die verwaltungsmäßigen Interessen des Staates, gegen "Verwaltungsgüter", und sei lediglich formell rechtswidrig.

b) Gegen diese Differenzierung von Kriminalunrecht und Verwaltungsunrecht wenden sich insbesondere Sax ⁵⁾, Jescheck ⁶⁾ und Welzel ⁷⁾. Sie behaupten,

- 1) Binding, Normen I, S. 408 ff; Merkel, Die Lehre, S. 57 ff; Jagusch, LK, vor § 13 Vorbem. B III 1; Haertel-Joël-Schmidt, Wirtschaftsstrafrecht, S. 16.
- 2) Lange, JZ 1956, S. 78; Maurach, aaO, § 1 III B 2; Schönke-Schröder, StGB, vor § 13 Vorbem. III.
- 3) Merkel, Die Lehre, S. 58.
- 4) Erik Wolf, Festgabe für Frank, Bd. II, S. 516 ff (523 ff); Eberhard Schmidt, Das neue westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht, S. 20, 26 ff.
- 5) Sax in Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Bd. III, 2, S. 992.
- 6) Jescheck, JZ 1959, S. 461.
- 7) Welzel, JZ 1956, S. 240.

daß auch das Verwaltungsstrafrecht Rechtsgüter und nicht bloß Verwaltungsgüter schütze ¹⁾, und daß deshalb eine Abgrenzung von Kriminalstrafrecht und Verwaltungsstrafrecht auf Grund des Kriteriums des Rechtsgüterangriffes nicht möglich sei ²⁾. Welzel argumentiert: Die Bestrafung rein formellen Unrechts (einfachen Ungehorsams) dürfe es in einem Rechtsstaat nicht geben. Der Staat stelle seine Gebote und Verbote nicht auf, um den Bürger im Gehorsam zu üben, sondern, um einen rechtlich wertvollen Zustand oder Vorgang, einen "Sachverhaltenswert" herbeizuführen, oder um einen "Sachverhaltensunwert" zu verhindern. Meist sei es nur die Ferne des betroffenen Lebensbereiches, die den Juristen zu der Meinung verführen, der Norm mangle es an materiellem Unrecht. Vom kriminellen Kernbereich laufe eine kontinuierliche Linie zwar immer schwächer werdenden, aber niemals ganz verschwindenden materiellen Unrechts bis hin zu den entferntesten Bagatelldelikten, und auch die Ordnungswidrigkeiten seien mit ihr verbunden ³⁾. Jescheck argumentiert, materiell rechtswidrig sei jede für das Zusammenleben der Menschen unerträgliche Tat, ohne daß man die Tätigkeit der geordneten Verwaltung aus dem Kreis der zu schützenden Rechtsgüter ausscheiden könne. Auch der staatlichen Ordnung, bzw. den staatlichen Verwaltungs- und Ordnungsinteressen, komme Rechtsgutsqualität zu ⁴⁾. Eine Differenzierung von Kriminaldelikt und Verwaltungsdelikt unter dem Gesichtspunkt des Rechtsgüterangriffes sei, da das Verwaltungsdelikt zumindest die öffentliche Ordnung angreife, nicht möglich.

c) Eine Stellungnahme zu den dargestellten kontroversen Ansichten setzt eine Klärung des Begriffes "Rechtsgut" voraus; insbesondere bietet die Argumentation

- 1) Der Begriff "Verwaltungsgut" geht auf Erik Wolf und Eberhard Schmidt zurück und bezeichnet "die verwaltungsmäßigen Interessen des Staates". Vgl. Wolf, aaO, S. 523 f; Eberhard Schmidt, aaO, S. 20.
- 2) Ähnl. Baumann, Strafrecht, AT, S. 30, allerdings ohne nähere Begründung: "Auf die Verletzung eines materiellen Rechtsgutes kann es ohnehin nicht ankommen."
- 3) Welzel, aaO; von Hippel, Strafrecht, Bd. II, S. 114 f; ähnlich Sax, aaO, S. 921 ff: "Auch Ordnungswidrigkeiten sind nur als Rechtsgutsverletzungen rechtsstaatlich faßbar und begründbar ... Verschieden sind sie (von den Kriminaldelikten) nur insofern, als die 'Wertmediatisierung' bei der Abschichtung der Schutzgüter des Ordnungsgüterrechtes noch weiter vorangetrieben ist als bei der Ausformung der nicht grundwertidentischen strafrechtlichen Schutzgüter. Aber das ist ein quantitativer Unterschied."
- 4) Jescheck, aaO; so auch Guderian, ZStW 21, S. 830 f.

Jescheck's Anlaß zu einer Besinnung auf die Definition dieses Begriffes. Rechtsgut ist nicht ein greifbarer Gegenstand der Außenwelt, d. h. nicht die im konkreten Einzelfall angegriffene Person oder Sache selbst. Das Rechtsgut ist vielmehr ein gedankliches Gebilde, ein abstrakter Begriff, ein objektiver Wert, den das geschützte Gut in sich schließt.¹⁾ Es ist ein von der Gesamtheit oder von den maßgeblichen Schichten der staatlichen Gemeinschaft anerkanntes Interesse²⁾. Geschütztes Rechtsgut ist z. B. beim Diebstahl nicht die konkret weggenommene Sache, sondern Eigentum und Besitz als abstrakte Begriffe, als objektive Werte oder, wie Baumann definiert, als Rechtswerte, als Rechtsinteressen³⁾. Es handelt sich also nicht um ein Gut des Einzelnen, sondern um ein Gut der Rechtsgemeinschaft, ein Gut des Rechts⁴⁾. Ist das Rechtsgut einerseits ein von dem konkret angegriffenen Gegenstand abstrahierter Begriff, so ist es doch andererseits ein im Rahmen der gesamten Rechtsordnung von anderen Rechtsgütern deutlich unterscheidbares, tatbestandsbezogenes Gut. Die Rechtsordnung als solche, sei es in ihrer Gesamtheit oder in Teilbereichen, ebenso wie das staatliche Interesse an ihrem Bestand, kann nicht Rechtsgut in diesem Sinne sein; denn die Möglichkeit, sich im Einzelfall auf das einen bestimmten Tatbestand zugrunde liegende Rechtsgut beziehen zu können, ist nur gewährleistet, wenn dem Tatbestande einerseits zwar ein vom konkreten Objekt abstrahiertes, andererseits aber genau konkretisierbares Rechtsgut zugrunde liegt⁵⁾. Mit Recht bezeichnet Maurach die Identifizierung der Begriffe "Rechtsordnung" - sei es insgesamt oder in Teilbereichen - und "Rechtsgut" als "blutleere Abstraktion", als Verallgemeinerung, die einer "völligen Entleerung des Rechtsgutsbegriffes gleichkommt"; in diesem Falle müßte an die Stelle des Gutsschutzinteresses das verschwommene Interesse am Fortbestand der von der Allgemeinheit gesetzten Ordnung treten mit der Folge, daß das Rechtsgut sich im allgemeinen Begriff der Rechtsordnung auflösen und zugleich seine für die Auslegung von Norm und Tatbestand sowie für das Rechtswidrigkeitsurteil in Kollisions- und Verzichtsfällen so bedeutsame Rolle würde einbüßen müssen⁶⁾.

-
- 1) Mezger-Blei, Strafrecht, AT, S. 106: "die Zusammenfassung all dessen, was ein Tatbestand seinem Sinn nach im ganzen umfaßt".
 - 2) Maurach, aaO, § 19 II A 1; Baumann, aaO, § 12 II 3.
 - 3) Baumann, aaO, § 12 II 2.
 - 4) Mezger-Blei, aaO, § 36.
 - 5) Erik Wolf, Festgabe für Frank, Bd. II, S. 537.
 - 6) Maurach, aaO, § 19 II A 1.

d) Während noch die Zeit der Aufklärung und des Rationalismus im Verbrechen einen Angriff nur auf subjektive Rechte sah, hat sich seit dem bürgerlichen Liberalismus die Erkenntnis des materiellen Gehalts des im Verbrechen enthaltenen Gutsangriffs durchgesetzt. Seit Birnbaum ¹⁾ wurde das Verbrechen immer mehr als Angriff gegen Rechtsgüter in der Form der Verletzung oder Gefährdung derselben angesehen, eine Ansicht, die heute allgemein anerkannt wird. ²⁾

Jeder Tatbestand des Kriminalstrafrechts hat den Sinn, ein oder mehrere ganz bestimmte, von denen anderer Tatbestände zumeist verschiedene Rechtsgüter zu schützen ³⁾. Jedes einzelne Kriminaldelikt enthält einen Angriff gegen ein oder mehrere deutlich profilierte Rechtsgüter in der Form der Verletzung oder Gefährdung bestimmter, von der Rechtsordnung geschützter Güter.

e) Demgegenüber richten sich die Delikte des Verwaltungsstrafrechts nicht unmittelbar gegen Rechtsgüter ⁴⁾. Nicht der Rechtsgüterangriff, sondern der Verstoß gegen die staatlich festgesetzte Ordnung, der Ungehorsam gegenüber staatlichem Gesetz, zeichnet sie aus. Im Rahmen der dem Staat gesetzten Aufgabe, das gedeihliche menschliche Zusammenleben zu fördern, hat dieser nicht nur dahin zu wirken, daß direkte Angriffe gegen Rechtsgüter durch Verbot und Strafe verhindert und verfolgt werden; er hat vielmehr auch die Aufgabe, das Zusammenleben der Gemeinschaft zu regeln. Diese Regelung trifft er durch Gesetz, das für bestimmte Lebensbereiche eine bestimmte staatliche Ordnung setzt. Die Tatbestände des Verwaltungsstrafrechts sind vom Staat aufgestellt, um einer solchen vom Staat in Einzel- oder Teilbereichen des menschlichen Zusammenlebens geschaffenen Ordnung das notwendige Gewicht, das den Einzelnen zur Befolgung der Ordnungsvorschriften veranlaßt, zu gewährleisten. Geschützt wird durch die gesetzliche Strafdrohung primär nur die staatlich gesetzte Ordnung ⁵⁾. Bestraft wird, wer gegen diese Ordnung verstößt, unabhängig davon,

- 1) Birnbaum, Über das Erfordernis, (1832), S. 149.
- 2) Schönke-Schröder, StGB, Vorbem. I 2; Mezger, JZ 1952, S. 692; Mezger-Blei, aaO, § 36; Maurach, aaO; Baumann, Strafrecht, AT, § 12 II 3.
- 3) Baumann, aaO, § 12 II; Mezger-Blei, aaO, § 36.
- 4) Eberhard Schmidt, Das neue westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht, S. 20, 26 ff; Maurach, aaO, § 1 III B 2; Rotberg, Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, S. 26.
- 5) Maurach, aaO; Rotberg, aaO; Jagusch, LK, Vorbem. B III 1 vor § 13; Merkel, Die Lehre, S. 57 f; Eberhard Schmidt, Strafrecht und Disziplinarrecht, S. 871.

ob dieser Verstoß in concreto zu einer Gefährdung oder Verletzung allgemein anerkannter Güter geführt hat. Als Angriffsobjekt kommt hier außer der übertretenen formellen Norm allein die staatliche Ordnung in ihrer Gesamtheit oder in Teilbereichen, bzw. das staatliche Interesse an ihrem Bestand, oder der geordnete Ablauf der Verwaltung, d. h. der Bereich der "verwaltungsmäßigen Interessen des Staates" ¹⁾, bzw. nach der Terminologie Erik Wolf's der Bereich der "Verwaltungsgüter" ²⁾, in Betracht ³⁾. Diese Werte sind jedoch, wie oben dargestellt wurde, nicht Rechtsgüter im Sinne der allgemein im Strafrecht verwandten Terminologie ⁴⁾. Selbstverständlich ist auch die sinnvolle staatliche Ordnung schutzwürdig. Wollte man sie jedoch als Rechtsgut ansehen, so wäre sie in sämtlichen Tatbeständen des Kriminalstrafrechts neben den einzelnen konkreten Rechtsgütern geschütztes Rechtsgut; denn die öffentliche Ordnung wird durch die Gesetze des Kriminalstrafrechts zumindest ebenso geschützt wie durch die des Verwaltungsstrafrechts; der öffentlichen Ordnung gelten im Grunde alle Strafvorschriften ⁵⁾. Es bliebe dann immer noch der Unterschied, daß das Verwaltungsdelikt im Gegensatz zum Kriminaldelikt außer der staatlichen Ordnung, bzw. dem staatlichen Interesse an ihrem Bestand, zusätzlich kein konkretes - im Sinne der allgemein üblichen Terminologie verstandenes - Rechtsgut angriffe.

f) Wenn Welzel ⁶⁾ gegen diese Unterteilung von Kriminalunrecht und Verwaltungsunrecht vorbringt, auch die Delikte des Verwaltungsstrafrechts müßten schon deshalb materiell rechtswidrig sein, weil es eine Bestrafung rein formellen Unrechts unter rechtsstaatlichen Bedingungen nicht geben dürfe, so ist zuzugeben, daß auch der Androhung der Verwaltungsstrafe gewisse materielle Erwägungen zugrunde liegen, freilich ohne daß der Rechtsgüterangriff zur Voraussetzung der im Einzelfall zu verhängenden Verwaltungsstrafe geworden wäre. Die Tatbestände des Verwaltungsstrafrechts bestehen nicht, "um den Bürger im Gehorsam zu üben", sondern, um einer staatlich erstellten Ordnung den zu ihrer Beachtung erforderlichen Nachdruck zu verleihen. Diese staatlich erstellte Ordnung ist nicht

1) Eberhard Schmidt, Das neue westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht, S. 20.

2) Erik Wolf, aaO, S. 523 ff.

3) Maurach, aaO, § 1 III B 2.

4) Dazu siehe insbesondere auch die Gegenüberstellung von sogenannten "Verwaltungsgütern" und "Rechtsgütern" bei Erik Wolf, Festgabe für Frank, S. 524.

5) BGHStE 4, S. 4.

6) Welzel, JZ 1956, S. 240.

um ihrer selbst willen da; das wäre eine reine Zwangsordnung¹⁾. Sie kann in einem Rechtsstaat sinnvoll nur auf Förderung und Schutz allgemein anerkannter Werte gerichtet sein. Das staatliche Ge- oder Verbot der dem Bereich des Verwaltungsunrechts angehörenden Handlungen beruht mithin letztlich auch auf dem Gedanken des Güterschutzes²⁾. Richtig erkennt schon Binding, daß alle staatlichen Verbote denselben Endzweck haben, daß sie nämlich alle bestimmte Veränderungen in der Rechtswelt durch menschliches Verhalten verhüten wollen³⁾. Binding unterscheidet dabei drei in der Art und Weise, in der sie diesen Zweck zu erreichen suchen, verschiedene Gruppen von Verboten; erstens die Verletzungsverbote, gleichsam "die Brustwehr, welches das zu erhaltende Gut unmittelbar umgibt", zweitens die Gefährdungsverbote, die sich "vor das Verursachungs- (Verletzungs-)verbot als zweiter Gürtel um das vor Verletzung schon geschützte Gut schieben", und die ebenso wie die Verletzungsverbote erstellt sind, weil der Ungehorsam wider das Verbot zugleich Mittel zur Herbeiführung von dem Rechtsbestande widerstreitender Zustände ist, und drittens die Verbote, die bestimmte Verhaltensweisen ohne jede Rücksichtnahme auf ihre wirklichen Erfolge, lediglich aus Sorge um ihre mannigfaltig möglichen untersagen; "diese verbieten den Ungehorsam nicht, weil und soweit er Ursache eines dem Recht widerstreitenden Zustandes ist, sondern den Ungehorsam schlechthin". Den gegen die zuletzt genannte Gruppe staatlicher Verbote verstoßenden Delikten - und dies sind in erster Linie die Verwaltungsdelikte⁴⁾ - ist nicht notwendig das materielle Element des Rechtsgüterangriffs, sondern lediglich das formelle Element der Nichtbeachtung der staatlich gesetzten Ordnung eigentümlich. Zu Recht sagt daher Lackner: "Beim Polizeienrecht handelt es sich um die große Masse der Gefährdungstatbestände, die um des Schutzes von Leib, Leben, Eigentum oder sonstiger Rechtsgüter willen eingeführt sind, die aber lediglich auf bestimmten Sachgebieten der Rechtsordnung eine bestimmte Ordnung setzen, um diesen Schutz schon im Vorfelde der konkreten Gefährdung zu gewährleisten."⁵⁾

1) Vgl. Schmidhäuser, Gesinnungsmerkmale, S. 166 Fußn. 33.

2) Merkel, Die Lehre, S. 59; ähnlich Sax in Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Bd. III, S. 929.

3) Binding, Normen I, S. 324.

4) Zu den begrifflich ebenfalls in diese Kategorie gehörenden abstrakten Gefährdungsdelikten des kriminellen Strafrechts und ihrer Abgrenzung gegenüber den Verwaltungsdelikten siehe unten S. 16 ff.

5) Lackner, Deutscher Bundestag, 4. Wahlp., Unterausschuß Strafrecht des Rechtsausschusses, 8. Sitzung, 28.11.1963.

Das Verwaltungsdelikt enthält also nicht notwendigerweise einen Angriff gegen das Rechtsgut, dessen Schutz die staatlich erstellte Ordnung, gegen die es sich richtet, dient. Es führt zur Bestrafung, weil es sich gegen die gesetzliche Ordnung richtet, unabhängig davon, ob es darüber hinaus eine Verletzung oder Gefährdung des durch diese Ordnung geschützten Gutes herbeigeführt hat ¹⁾. Motiv der Strafdrohung und der Strafverhängung fallen hier - anders als im Kriminalstrafrecht - auseinander. Die Strafdrohung, d. h. die Erstellung der gesetzlichen Ordnung und der sie stützenden Strafnorm, ergeht, um einen "Sachverhaltsunwert" zu verhindern, bzw. einen "Sachverhaltenswert" zu erhalten ²⁾; sie ergeht wegen der objektiv gegebenen Gefährlichkeit des unter Strafe gestellten Verhaltens. Aus der objektiven Gefährlichkeit des Verhaltens bezieht sie ihre Rechtfertigung ³⁾. Die Strafverhängung erfolgt jedoch nicht wegen der konkreten Gefährdung oder Verletzung von Rechtsgütern; für sie ist es völlig unerheblich, ob die geschützten Güter im Einzelfall konkret gefährdet oder verletzt worden sind. Wer das gebotene Raupen unterläßt, wer im Straßenverkehr an einem Halt-Schild vorbeifährt, wer genehmigungslos einen genehmigungspflichtigen Bau errichtet, wird bestraft ⁴⁾, unabhängig davon, ob er dadurch im ersten Fall die Obsternte der Nachbarn, im zweiten Fall andere Verkehrsteilnehmer, und im dritten Fall die Sicherheit der Allgemeinheit bzw. der Bewohner des Hauses oder die Grundsätze allgemeiner Ästhetik verletzt oder gefährdet ⁵⁾. Basis der Strafverhängung kann daher nur die Zuwiderhandlung gegenüber staatlichen Ge- und Verboten, die Verletzung der staatlich erstellten Ordnung, der Ungehorsam, die Unbotmäßigkeit gegenüber staatlichem Gesetz und damit das formelle Element sein ⁶⁾.

g) Auf Grund der Kriterien des Rechtsgüterangriffs einerseits und des einfachen Ungehorsams gegenüber den staatlichen ordnungshaftenden und -erhaltenden Geboten und Verboten andererseits lassen sich Kriminalunrecht und Verwaltungsunrecht jedoch nicht vollkommen exakt gegeneinander abgrenzen. Das zeigt das Beispiel der in den Bereich des Kriminalstrafrechts gehörenden abstrakten Gefähr-

-
- 1) Schönke-Schröder, StGB, § 13 Vorbem. III.
 - 2) Insofern zutreffend; Welzel, JZ 1956, S. 240.
 - 3) Merkel, aaO, S. 59; Umhauer, Ein Beitrag, S. 55.
 - 4) § 368 Nr. 2 StGB; § 21 StVG; § 367 Nr. 15 StGB.
 - 5) Dies übersieht Helmuth Mayer, Strafrecht, AT, § 11 V 2, der die beiden ersten Beispiele als Argumente für die Materialität des Verwaltungsunrechtes anführt.
 - 6) Maurach, aaO, § 1 III B 2; Eberhard Schmidt, Strafrecht und Disziplinarrecht, S. 871; Merkel, Die Lehre, S. 57 f; Schönke-Schröder, StGB, § 13 Vorbem. III.

delikte, wie Zweikampf, Brandstiftung und Brunnenvergiftung. Diese Delikte sind nicht unmittelbar als konkrete Rechtsgüterangriffe erfaßbar, ohne jedoch deswegen Verwaltungsunrecht zu sein. Zwar hat Frank, der das wesentliche, die Verwaltungsdelikte von den Kriminaldelikten unterscheidende Kriterium in der lediglich abstrakten Gefährlichkeit der Verwaltungsdelikte gegenüber der konkreten Gefährlichkeit der Kriminaldelikte sah, behauptet, die abstrakten Gefährdungsdelikte des Kriminalstrafrechts seien in Wirklichkeit gar keine abstrakten, sondern konkrete Gefährdungsdelikte, bei denen die konkrete Gefährdung gesetzlich präsumiert werde ¹⁾. Frank geht dabei von der Voraussetzung aus, daß die Wahrscheinlichkeit der konkreten Gefährdung bei den abstrakten Gefährdungsdelikten des Kriminalstrafrechts eine weitaus größere sei als bei den Verwaltungsdelikten und folgert daraus: bei den abstrakten Gefährdungsdelikten des Kriminalstrafrechts gehöre der Eintritt einer Gefahr ebenso zum Tatbestand wie bei den konkreten; der Unterschied bestehe lediglich darin, daß dort die Gefährdung unwiderleglich vermutet werde, hier aber in jedem Einzelfall nachgewiesen werden müsse ²⁾. Bei den Verwaltungsdelikten sei dagegen die Gefährdung weder nachzuweisendes noch zu vermutendes Tatbestandsmerkmal, sondern lediglich Motiv der gesetzlichen Strafdrohung ³⁾.

Das ist jedoch keine streng begrifflich das abstrakte Gefährdungsdelikt des Kriminalstrafrechts vom Verwaltungsdelikt unterscheidende Differenzierung. Die Differenzierung Frank's von Verwaltungsunrecht und Kriminalunrecht am Kriterium der abstrakten und konkreten Gefährlichkeit ist daher zu Recht überwiegend auf Ablehnung gestoßen ⁴⁾. Frank selbst gibt zu, daß es sich bei der von ihm vorgenommenen Differenzierung der Unrechtsbereiche nicht um eine "rein begriffliche", sondern um eine "mehr auf praktisch-legislativen Erwägungen beruhende" Gegenüberstellung handelt, die "wohl praktisch und gewissermaßen subjektiv", nicht aber "logisch und objektiv" richtig sei ⁵⁾.

-
- 1) Frank, MIKV, VII, S. 190; Studien, S. 17 ff; ebenso Rotering, ZStW 23, S. 352 ff; Umhauer, aaO, S. 53 ff; Hiller, MIKV, VI, S. 334 ff.
 - 2) Frank, Studien, S. 18. Umhauer, aaO, S. 54, und Lange, ZStW 37, S. 108, bezeichnen aus diesem Grunde die abstrakten Gefährdungsdelikte des Kriminalstrafrechts als "verkappte Gefährdungsdelikte".
 - 3) Frank, aaO.
 - 4) So u. a. Goldschmidt, Verwaltungsstrafrecht, S. 461; M.E. Mayer, Strafrecht, AT, S. 56 Anm. 29; Sauer, Grundlagen des Strafrechts, S. 312 Fußn. 3; Michels, Strafbare Handlung, S. 72.
 - 5) Frank, Studien, S. 18.

Eine Differenzierung der Unrechtsbereiche allein auf der Grundlage des konkreten Rechtsgüterangriffs einerseits und der abstrakten Gefährlichkeit andererseits muß im Bereich der abstrakten Gefährungsdelikte kriminellen Gehalts begrifflich versagen. Wer den Unterschied zwischen Kriminalunrecht und Verwaltungsunrecht allein darin sieht, daß ersteres einen Angriff auf Rechtsgüter, letzteres lediglich einen Verstoß gegen materiell begründete Gesetzesbefehle enthält, erkennt zwar eine weiten Bereichen der verschiedenen Unrechtsarten wesentliche Differenz; er muß sich jedoch den Vorwurf der Unvollständigkeit seiner Abgrenzung der Unrechtsbereiche gefallen lassen.

3. KAPITEL

Die Differenzierung von Kriminalstrafrecht und Verwaltungsstrafrecht unter dem Gesichtspunkt des Unwertes der Tat

War im vorstehenden Kapitel die Differenz zwischen Verwaltungsunrecht und Kriminalunrecht primär in der äußerlichen Erscheinungsform der Unrechtshandlung, wie sie sich in der Rechtsgüterbeeinträchtigung einerseits und im einfachen Gesetzesungehorsam andererseits dokumentiert, gesucht worden, so soll zur Auffindung der Differenz zwischen beiden Unrechtsbereichen in diesem Kapitel primär der den Gesetzgeber zur Strafdrohung bestimmende Grund beleuchtet werden. Die äußere Erscheinungsform der Delikte allein mag zwar Unterschiede aufzeigen; sie vermag aber nicht die unterschiedliche Behandlung der Unrechtstaten durch den Staat zu erklären. Der wesentliche, die Trennung von Kriminalstrafrecht und Verwaltungsstrafrecht rechtfertigende Unterschied muß sich aus dem Grund der gesetzlichen Strafdrohung und damit aus der sozialen Bedeutung der Unrechtstaten ergeben. Diese Unterscheidung von Kriminalunrecht und Verwaltungsunrecht im Grunde der gesetzlichen Strafordnung wird von mehreren voneinander abweichenden Theorien vertreten, die nachfolgend in drei Gruppen zusammengefaßt behandelt werden sollen.

1) DIE NORMENTHEORIE BINDING'S

Ansatzpunkte einer den Grund der gesetzlichen Strafdrohung berücksichtigenden Unterscheidung von Kriminalstrafrecht und Verwaltungsstrafrecht enthält die Normentheorie Binding's¹⁾. Binding erkannte, daß das "Gesetz", welches der (kri-

1) Binding, Die Normen und ihre Übertretungen.

minelle) Verbrecher übertritt, begrifflich und regelmäßig, jedoch nicht notwendig, auch zeitlich, dem Gesetz, welches die Art und Weise der Verurteilung anordnet, vorausgeht¹⁾. Diese dem die Bestrafung anordnenden Gesetz vorausgehenden, nicht notwendigerweise kodifizierten "Gesetze" nennt Binding, wie jede abstrakte Anweisung für das menschliche Verhalten, sei es in der Form formellen Gesetzes oder in der Form allgemeiner ethischer Forderungen, "Normen"²⁾. Nicht das Strafgesetz - diesem handle der Verbrecher entsprechend -, sondern die Norm, die ihrerseits die unter Strafe gestellte Handlung verbiete, werde vom Verbrecher übertreten³⁾. So handle z.B. der Dieb dem Strafgesetz "Wer stiehlt, wird bestraft" entsprechend, jedoch der Norm "Du sollst nicht stehlen" zuwider. Im Bereich der Verbrechen sei die Übertretung der allgemeinen Normen also Anknüpfungspunkt für den Strafgesetzgeber. Anders sei die Lage beim Polizeidelikt. Hier sei die überschrittene Norm allein die entsprechend den Zwecken der Verwaltung, insbesondere der Wohlfahrtspflege, geschaffene Polizeirechtsnorm. Nicht die Übertretung allgemeiner Normen, sondern Verwaltungszwecke seien hier Grund der gesetzlichen Strafdrohung. Die Verbote des Polizeiuںrechtes seien geschichtlich überall diejenigen, die durch die Staatsverwaltung und für sie gesetzt seien⁴⁾.

Binding führt allerdings diese auf eine materielle Unterscheidung der Unrechtsbereiche hinführenden Gedanken nicht zu Ende. Er kommt vielmehr zu dem Schluß, daß alle Delikte nur als Verletzung des staatlichen Rechts auf Gehorsam erfaßbar seien⁵⁾; denn "nicht die Rechtsverletzung als solche, sondern nur die verbotene Rechtsverletzung" könne Delikt sein⁶⁾. Sowohl die vom Polizeistrafgesetz als auch die vom Kriminalstrafgesetz verpönte Handlung bedürfe der formell-gesetzlichen Norm, die eine bis dahin nicht verbotene in eine verbotene Handlung verwandele. Eine Gegenüberstellung von Kriminaldelikt als dem "an sich Unerlaubten" und Polizeidelikt als dem "an sich Erlaubten, das nur durch das positive Recht hinterher verboten sei", sei daher unrichtig⁷⁾. Binding mißt also den von ihm erkannten materiellen Unterschieden keine eine grundsätzliche Unterscheidung der Unrechtsbereiche rechtfertigende Bedeutung bei.

1) Binding, Normen I, S. 4.

2) Binding, aaO, S. 7.

3) Binding, aaO, S. 49.

4) Binding, aaO, S. 313.

5) Binding, aaO, S. 98, 308.

6) Binding, aaO, S. 308.

7) Binding, aaO, S. 317.

2) DIE RECHTS- UND KULTURNORMENTHEORIE MAX ERNST MAYER'S

Während Binding noch den Verstoß gegen staatliches Gesetz als das wesentliche Element sowohl des Kriminalunrechts als auch des Verwaltungsunrechts ansieht, und aufgrund dieser formellen Betrachtung des Unrechts einen Unterschied zwischen beiden Unrechtsbereichen nicht erkennt, gelingt es M. E. Mayer in seiner Rechts- und Kulturnormentheorie auf der Suche nach der "Rechtfertigung des Rechts" einen in den materiellen Voraussetzungen staatlichen Verbots und Strafanspruchs beruhenden Unterschied zwischen beiden Unrechtsbereichen zu finden ¹⁾. Mayer bleibt in seinen Untersuchungen nicht wie Binding bei der Tatsache, daß bestimmtes Verhalten unter Verbot und Strafe gestellt ist, stehen, sondern er untersucht den Grund der staatlichen Strafdrohung. Er teilt den Komplex der Normen, die auch nach seiner Theorie abstrakte Anweisungen für menschliches Verhalten, d. h. abstrakte Imperative, Ge- und Verbote, sind, auf in Rechts- und Kulturnormen ²⁾. Rechtsnormen sind die Anordnungen des positiven Rechts, die Gesetze. Kulturnormen sind die Gebote der Kultur, die als religiöse, moralische, konventionelle, als Forderungen des Verkehrs und des Berufs an das Individuum herantreten ³⁾. Aus dem Verhältnis der Rechtsnormen zu den Kulturnormen erklärt Mayer die Differenz von Kriminalunrecht und Verwaltungsunrecht. Das Verhältnis zwischen Rechts- und Kulturnormen ist typischerweise das der Kongruenz; denn die Rechtfertigung der Rechtsnormen, d. h. des positiven Rechts, beruht in aller Regel auf ihrer Übereinstimmung mit den Kulturnormen, die, weil sie die Kultur repräsentieren, unter der die Individuen leben, von diesen von vornherein anerkannt werden müssen ⁴⁾. In diesem Bereich ist primär nicht das gesetzliche Verbot der Faktor, der das verbotene Verhalten zu Unrecht macht; vielmehr ist das Unrecht am Stande der Kultur zu messen und lediglich durch das positive Gesetz als solches anzuerkennen ⁵⁾. Mit dieser Erkenntnis transformiert Mayer den formellen Unrechtsbegriff Binding's in einen materiellen. Unter diesem Gesichtspunkt der Materialität des Unrechts findet Mayer die Differenz von Kriminalunrecht und Verwaltungsunrecht: Die Delikte des Kriminalstrafrechts richten

1) M. E. Mayer, Rechtsnormen und Kulturnormen, S. 16.

2) Mayer, aaO, S. 16.

3) Mayer, aaO, S. 17.

4) Mayer, aaO, S. 16, 26.

5) Mayer, aaO, S. 16, 116 Fußn. 7; ähnlich Graf zu Dohna, Die Rechtswidrigkeit, S. 27: "Rechtswidrigkeit ist nicht etwas, was und weil es verboten ist, sondern umgekehrt muß behauptet werden, daß von der Rechtsordnung verboten werde, was (und weil es) als rechtswidrig empfunden wird."

sich gegen die Kulturordnung; sie sind unter Verbot und Strafe gestellt wegen ihrer kulturellen Schädlichkeit. Sie verstoßen in jedem Einzelfall sowohl gegen eine Rechtsnorm als auch gegen eine Kulturnorm ¹⁾. Die gebietende oder verbietende Rechtsnorm beruht hier stets auf einer sie deckenden Kulturnorm; Rechts- und Kulturnormen stimmen hier überein. Im Gegensatz zu den kriminellen Delikten sind die Verwaltungsdelikte in Ausnahme zu dem allgemeinen Prinzip der Kongruenz der Rechtswidrigkeit zur Kulturwidrigkeit allein gegen Rechtsnormen, nicht aber gegen Kulturnormen gerichtet; sie negieren allein das Gesetz, nicht aber die Forderung der Kultur ²⁾. Dieser den Verwaltungsdelikten eigentümliche Mangel der Kulturwidrigkeit beruht darauf, daß es sich hier um kulturell indifferente Delikte, d. h. um Delikte im kulturfreien Raum, handelt. Den die Sanktionierung des Verwaltungsunrechts anordnenden Rechtsnormen mangelt also die Übereinstimmung mit Kulturnormen, und zwar deshalb, weil sie Verhaltensweisen im kulturell wertfreien Bereich betreffen. Ihre Materie wird von der Kultur nicht erfaßt ³⁾. Es handelt sich hier um Rechtsnormen, die zwar nicht im Widerspruch, aber auch nicht in Übereinstimmung mit Kulturnormen stehen. Die Normen des Verwaltungsstrafrechts sind mithin diejenigen, deren Ge- und Verbote kulturell indifferent sind.

Die Differenz zwischen kriminellem Unrecht und Verwaltungsunrecht sieht Mayer also darin, daß das Kriminalunrecht Unrecht kraft Gesetzes und auf Grund seiner kulturellen Schädlichkeit, das Verwaltungsunrecht dagegen Unrecht allein kraft Gesetzes ist ⁴⁾.

Die Unterscheidung von Kriminalunrecht und Verwaltungsunrecht nach der Rechts- und Kulturnormentheorie Mayer's ist richtungweisend für die derzeitige Differenzierung der Unrechtsbereiche geworden. Es ist ihr Verdienst, den Weg für eine Differenzierung der Unrechtsbereiche auf der Grundlage des Unwertes des unter Verbot gestellten Verhaltens gewiesen zu haben. Die Rechts- und Kulturnormentheorie Mayer's läßt sich jedoch nicht uneingeschränkt zur exakten Differenzie-

1) Mayer, aaO, S. 116.

2) Mayer, aaO, S. 116.

3) Mayer, aaO, S. 27.

4) Zustimmung hat die Rechts- und Kulturnormentheorie Mayer's gefunden bei: Kohlrausch, ZStW 24, S. 740; Wilh. Sauer, Grundlagen des Strafrechts, S. 269 ff; Heinitz, Das Problem der materiellen Rechtswidrigkeit, S. 89 ff, 102; Seumenicht, Die verwaltungsrechtliche Wesensart, S. 28 ff. Ablehnend: von Hippel, Strafrecht I, S. 22 ff; Binding, Normen II, S. 366 ff.

rung der Unrechtsbereiche übernehmen, weil sich die von Mayer verwandten Begriffe "Kultur", "Kulturwidrigkeit" und "Kulturnorm" nicht exakt definieren lassen. Mayer selbst vermochte diesen Begriffen keinen eindeutigen Sinn zu geben. Er bezeichnet als Kultur die "Pflege eines gemeinsamen Interesses" ¹⁾. Dieses entsteht "aus der Entwicklung des gesellschaftsbildenden Faktors, aus der Entfaltung des gesellschaftlichen Lebens" ²⁾. Da aber der Begriff der Kultur "mannigfach differenzierte Kulturwerte deckt", gibt es "prinzipiell so viele Kulturwerte als Gesellschaften" ³⁾. Diese Gesellschaften geben sich bestimmte Regeln für das Verhalten ihrer Mitglieder; solche Regeln sind die Kulturnormen. "Kulturnormen sind Verbote und Gebote durch die eine Gesellschaft das ihrem Interesse entsprechende Verhalten fordert." ⁴⁾ Auch das in einer Räuberbande bestehende Gebot, jedes Beutestück zur Verteilung unter die Genossen abzuliefern, ist nach Mayer Kulturnorm ⁵⁾. Diese Vielfalt der die Kulturnormen erzeugenden Gesellschaften und der aus ihnen entstehenden Kulturnormen ist zu verwirrend und zu wenig greifbar, als daß man sie zur Grundlage einer allgemeingültigen Differenzierung des Verwaltungsstrafrechts vom Kriminalstrafrecht entscheidend heranziehen könnte. Eine Differenzierung der Unrechtsbereiche wäre dieser Abgrenzung zufolge auch kaum erforderlich, da sich kaum eine Gesetzesvorschrift, die bestimmtes Verhalten unter Verbot und Strafe stellt, finden lassen wird, die nicht für irgendeine kleine Gruppe Verhaltensregel und damit nach der Definition Mayer's bereits Kulturnorm ist. Mayer selbst führt seine Trennung von Rechts- und Kulturnormen ad absurdum, indem er neben den Normen der Religion, der Moral, des Verkehrs im örtlichen, geistigen, wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Sinne, der agrarischen, militärischen, technischen und akademischen Kultur auch die Rechtsnormen, weil diese ein der Gesellschaft entsprechendes Verhalten fordern, als Kulturnormen bezeichnet ⁶⁾; danach bleibt kein denkbarer Raum für Normen, die nicht Kulturnormen sind.

Schwierigkeiten bereitet die Theorie Mayer's auch deshalb, weil ihr zufolge aus reinen Zweckmäßigkeitenregelungen, sobald sie aus Gründen der Rechtstradition in das Bewußtsein der Bevölkerung oder zumindest der beteiligten Kreise eingedrungen sind, Kulturnormen werden ⁷⁾. So bezeichnet Mayer u. a. die Gebote,

1) Mayer, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, S. 41.

2) Mayer, aaO, S. 41.

3) Mayer, aaO, S. 42.

4) Mayer, aaO, S. 42.

5) Mayer, aaO, S. 43.

6) Mayer, aaO, S. 44.

7) Mayer, Rechtsnormen und Kulturnormen, S. 25; Lehrbuch, AT, S. 54 f.

die die Anzeige eines Wohnungswechsels oder die Einholung polizeilicher Erlaubnis fordern, nach "der Rezeption seitens der Nation oder sonst einer Interessengemeinschaft" als Kulturnormen ¹⁾.

Wenn aber die Rechtstradition aus anfänglich kulturfremden Gesetzen Kulturnormen werden läßt, so müßte der größte Teil anfänglich nicht kulturwidrigen Verhaltens, das unter Verbot und Strafe gestellt worden ist, im Laufe der Zeit zur Kulturverletzung und damit zu Kriminalunrecht werden. Eine Differenzierung von Kriminalunrecht und Verwaltungsunrecht wäre daher kaum möglich und angesichts des ständigen Wandelungsprozesses des Verwaltungsunrechts zum Kriminalunrecht auch von wenig Bedeutung und Nutzen.

3) DIE UNTERSCHIEDUNG VON KRIMINALSTRAFRECHT UND VERWALTUNGSSTRAFRECHT NACH DEM SOZIALETHISCHEN UNWERT DES VERHALTENS

a) Der Lehre Max Ernst Mayer's in der Abgrenzung des Verwaltungsunrechts gegenüber dem Kriminalunrecht verwandt ist die heute weit verbreitete Differenzierung der Unrechtsbereiche auf Grund des Kriteriums des sozialetischen Unwertes des mit staatlichen Unheilsfolgen bedrohten Verhaltens ²⁾. Diese heute im Bereich der Unrechtsdifferenzierung dominierende Lehre beleuchtet ebenso wie die Rechts- und Kulturnormentheorie Mayer's die der gesetzlichen Strafdrohung zugrunde liegende Materialität des Unrechts. Sie setzt diese von Mayer eingeleitete Entwicklung fort, mißt das kriminell zu strafende Unrecht jedoch nicht mehr an dem unklaren Begriff der Kulturwidrigkeit, sondern sieht als dessen wesentliches Kriterium das des sozialetischen Unwertes des Verhaltens, bzw. des sozialetischen Unwerturteils über Tat und Täter an. Sie knüpft ihre Differenzierung der Unrechtsbereiche also an den Begriff der Sozialethik an, der, wie Mezger

1) Mayer, Lehrbuch, AT, S. 55.

2) u. a. Lange, JZ 1956, S. 73 ff; GA 1953, S. 3; Rotberg, Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, S. 26; Stoecker, MDR 1952, S. 385; Eberhard Schmidt, ZStW 69, S. 362; Ebisch, Wirtschaftsstrafrecht, S. 11; Schwarz-Dreher, Strafrecht, § 360 Vorbem. 1 B; Maurach, AT, § 1 III B 2; Jagusch, LK, § 13 Vorbem. IV 1; Lerche, HdSW 11, S. 296; Michels, Strafbare Handlung, S. 59; Dreher, Bericht über die erste Arbeitstagung der großen Strafrechtskommission, Beilage zum B. Anz. 176 v. 14. Sept. 1954; BGHStE 11, S. 264; ähnlich Wimmer, NJW 1957, S. 1171; Fahrlässige Verletzung, S. 25 ff.

sagt, "den übergesetzlichen, aber doch rechtlichen Bezugspunkt, woran die erforderliche Materialisation der Widerrechtlichkeit durchgeführt werden kann", liefert, und der, weil er "an die oberste Rechtsquelle wie an den höchsten Rechtswert anknüpft", die "breiteste und sicherste Basis für die Rechtsbewertung" bildet ¹⁾.

Den wesentlichen Unterschied zwischen dem Unrecht des Kriminalstrafrechts und dem des Verwaltungsstrafrechts sieht diese Lehre darin, daß Kriminalunrecht sozialetisch unwertig ist, es also eine "Negierung ethischer Grundwerte" enthält ²⁾, während das Verwaltungsdelikt als "ethisch indifferentes", "wertneutrales", als "nicht gegen die sozialetischen Grundwerte gerichtetes" Verhalten ³⁾, einem sozialetischen Unwerturteil nicht unterliegt.

b) Gegen diese Abgrenzung des Verwaltungsunrechts gegenüber dem Kriminalunrecht aufgrund des Kriteriums des sozialetischen Unwerts des mit staatlichen Unheilsfolgen bedrohten Verhaltens wenden sich insbesondere Welzel, Helmuth Mayer und Jescheck ⁴⁾. Welzel ist der Ansicht, es könne einerseits keine "natürlichen", "vorgegebenen" Delikte geben; denn die Geschichtlichkeit sei vom Wesen des Rechts ebenso wenig trennbar wie vom Wesen des Menschen. Andererseits seien "künstliche", "wertneutrale" Gebote nur als despotische Befehle, nicht aber als rechtsstaatliche Gesetze denkbar; auch den Verwaltungsbefehlen liege ein materielles Anliegen zugrunde; sie seien also nicht wertneutral ⁵⁾. Im gleichen Sinne sagt Jescheck: "Wo Geldbuße für eine Zuwiderhandlung angedroht wird, muß die Vorschrift zur Sicherung des gerechten und geordneten Zusammenlebens der Menschen erforderlich sein, und dann ist sie auch sozialetisch nicht gleichgültig." ⁶⁾ Ähnlich argumentiert Helmuth Mayer ⁷⁾. Er wendet sich insbesondere gegen die Behauptung der moralischen Indifferenz der Polizeidelikte; auch wer eine Polizeirechtsnorm überschreitet, verdient nach seiner Ansicht einen moralischen Vorwurf.

1) Mezger, LK, § 51 Vorbem. 9 f; ähnlich Maurach, AT, § 13 II.

2) Schönke-Schröder, StGB, § 13 Vorbem. III.

3) Ebisch, Wirtschaftsstrafrecht, S. 11; Henkel, Strafverfahrensrecht, § 20 IV 2 c; Kleinknecht-Müller-Reitberger, StPO, Einl. 4 a; Rotberg, aaO, S. 27.

4) Welzel, JZ 1957, S. 132; Helmuth Mayer, Strafrecht AT, § 11 V 2; Jescheck, JZ 1959, S. 461.

5) Welzel, aaO.

6) Jescheck, aaO.

7) Helmuth Mayer, aaO.

c) Die Auseinandersetzung mit diesen gegensätzlichen Ansichten über die Möglichkeit einer Unrechtsunterscheidung aufgrund des sozialetischen Unwerts menschlichen Verhaltens setzt eine Klärung des Begriffes "Sozialetik", bzw. des Begriffes "sozialetisches Unwerturteil" voraus.

Die Sozialetik ist Teil der allgemeinen Ethik. Sie ist ebenso wie die im Gegensatz zu ihr stehende Individualetik im Verhältnis zur allgemeinen Ethik eine Spezialetik ¹⁾. Während die Individualetik sich mit der persönlichen Vervollkommenung des Menschen, mit dem Menschen als Einzelwesen, befaßt, bezieht sich die Sozialetik auf die Pflichten, die dem Menschen aufgetragen sind, insofern er Teilfunktionen in einem durch das Gemeinwohl gebildeten Ganzen zu erfüllen hat ²⁾. Der Sozialetik geht es um die Struktur, das Gefüge sittlich-rechtlicher Art, dem der Einzelne sich einzuordnen hat. Sie sieht den Menschen im Hinblick auf die Gemeinschaft, in der er steht. Der Bereich der allgemeinen Ethik wird in der Sozialetik beschränkt und bezogen auf das Soziale, auf das Zusammenleben in der Gemeinschaft. Wo immer zwischen zwei oder mehreren Personen eine übergeordnete Einheit begriffen wird, in der nicht der Einzelne für sich allein im Hinblick auf die eigenen Ziele, sondern die betroffenen Personen als Ganzes erfaßt werden, da liegt der Bereich der Sozialetik ³⁾.

Sozialetisch unwertig sind solche Verhaltensweisen, die - gemessen an den Maßstäben der Ethik - dem gedeihlichen Zusammenleben der menschlichen Gesellschaft abträglich sind, die also hinsichtlich der dem Einzelwesen übergeordneten Gemeinschaft unwertig sind. Diese Verhaltensweisen unterliegen also einem sozialetischen Unwerturteil.

d) Die Delikte des Kriminalstrafrechts, von Ausnahmen im Bereich der Übertretungstatbestände und von Ausnahmen, die sich aus der Änderung der allgemeinen Wertvorstellung seit Erlass des StGB ergeben, abgesehen, sind sozialetisch im höchsten Grade unwertig. Sie bestehen in der Negation der unabdingbaren Voraussetzungen des gedeihlichen menschlichen Zusammenlebens. Sie sind Mißachtung der elementaren Werte, des "unerläßlichen Minimums der Daseinsregelung" ⁴⁾; sie unterliegen deshalb der Ächtung durch die Gesellschaft ⁵⁾. Diese

1) Utz, Sozialetik, S. 85.

2) Utz, aaO, S. 88; Schmidhäuser, Gesinnungsmerkmale, S. 162.

3) Utz, aaO.

4) Schmidhäuser, aaO, S. 164.

5) Lange, JZ 1956, S. 77.

Verhaltensweisen stehen in ihrer sozialen Erscheinungsform zu der sozialetisch vorgegebenen Wertordnung in unerträglichem Widerspruch. Sie sind, wie Lange ausführt, "pathologische Störungen des Soziallebens" ¹⁾. Die Wertwidrigkeit des Verhaltens ist hier unabhängig von einer gesetzlichen Regelung im sozialetischen Wertgefüge begründet. Aus seinem unerträglichen Widerspruch zu den Grundwerten der sozialetischen Wertordnung erwächst diesem Verhalten ein sozialetisches Unwerturteil. Die Strafgesetze schaffen auf diesem Gebiet, wie schon Binding richtig erkannte, keine neuen Verbote ²⁾; sie knüpfen lediglich an eine ihnen präexistente sozialetische Bewertung an, indem sie die sozialetisch als unwertig empfundene Tat unter Strafe stellen ³⁾. Das Strafgesetz transformiert das vorgefundene sozialetische Verbot in ein rechtliches ⁴⁾. Es verbietet nicht eigentlich selbst, sondern gibt lediglich die Möglichkeit einer strafrechtlichen Verfolgung, indem es einen Bewertungsmaßstab liefert. Es ist also mehr Bewertungs- als Bestimmungsnorm ⁵⁾. Demgemäß sprechen die Tatbestände des Kriminalstrafrechts kein eigentliches Verbot der strafbaren Handlung aus, auch geht ihnen ein solches gesetzlich fixiertes Verbot nicht voraus; vielmehr knüpfen sie die Straffolgen an die allgemein bekannten sozialetischen Verbote von Mord, Totschlag, Diebstahl, Mißhandlung usw. an und bestimmen lediglich: Wer tötet, stiehlt, mißhandelt . . . , wird bestraft. Diese Taten tragen den Unwert für jedermann bekannt in sich, auch wenn das einzelne, sie unter Strafe stellende Gesetz nicht jedermann bekannt sein mag.

e) Während die Delikte des Kriminalstrafrechts aufgrund dem Strafgesetz präexistenter Wertung als sozialetisch unwertig empfunden werden, ist das vom Verwaltungsstrafrecht erfaßte Verhalten vorpositiv wertfrei. Anders als die Kriminaldelikte, die sich gegen die Grundwerte des menschlichen Zusammenlebens richten und daher einem vom Strafgesetz unabhängigen sozialetischen Unwerturteil unterliegen, richten sich die Delikte des Verwaltungsstrafrechts gegen die vom Staat durch formelles Gesetz geschaffene Ordnung.

1) Lange, aaO.

2) Binding, Normen I, S. 4.

3) Lange, JZ 1956, S. 79.

4) Schmidhäuser, aaO, S. 167: "Durch die Androhung der Strafe anerkennt das Strafgesetz bestimmte sozialetische Pflichten."

5) Kaufmann, Das Unrechtsbewußtsein, S. 139; Nowakowsky, ZStW 63, S. 287; Michels, Strafbare Handlung, S. 46.

Aufgabe des Staates ist nicht nur der Schutz der elementaren Grundwerte menschlichen Zusammenlebens. Ziel und Zweck ist ihm auch und vor allem die Förderung des Gemeinwohls. Im Rahmen dieser letzteren Aufgabe ist der Staat oft gezwungen, gewisse Lebensbereiche, sei es zum Zwecke der Gefahrenabwehr, sei es im Zuge der Daseinsvorsorge, zu regeln. Der Gesetzgeber wählt die zu regelnde Materie und die Art und Weise der Regelung auf der Grundlage von Zweckmäßigkeitserwägungen im Interesse des geordneten, störungsfreien menschlichen Zusammenlebens und im Interesse eines reibungslosen Ablaufes der Verwaltung aus. Um dieser ordnenden Regelung das nötige Gewicht zu verleihen, stellt der Staat ihre Übertretung unter Strafe. Die Strafdrohung knüpft in diesem Bereich nicht an ein ihr präexistentes sozialetisches Unwerturteil an; vielmehr betrifft das gesetzliche Verbot vorrechtlich freies, einem sozialetischen Unwerturteil nicht unterliegendes Verhalten ¹⁾. Aus diesem Grunde kann die Strafdrohung hier nicht wie im Kriminalstrafrecht an ein allgemein bekanntes, nicht kodifiziertes ethisches Gebot anknüpfen. Die Strafdrohung ist daher im Verwaltungsstrafrecht zumeist auf bestimmte Gesetzesvorschriften bezogen und lautet regelmäßig: "Wer den Vorschriften der §§ ... zuwiderhandelt, begeht eine Ordnungswidrigkeit." Die Normen des Verwaltungsstrafrechts kreisen aus dem Raum vorrechtlich freien Verhaltens Bereiche aus, die sie unter Verbot und Strafe stellen ²⁾. Die Zuwiderhandlungen tragen hier ihren Unwert nicht in sich. Dieser steht und fällt vielmehr mit den Vorschriften des positiven Rechts, d. h. mit den Gesetzesvorschriften, die aus dem Raume grundsätzlich freien und erlaubten Verhaltens Exklaven rechtlicher Gebote oder Verbote ausgrenzen ³⁾. Besonders deutlich wird diese vorrechtliche Wertneutralität bei Handlungen, die nur dann bestraft werden können, wenn und weil sie ohne verwaltungsbehördliche Genehmigung vorgenommen worden sind, wie es z. B. bei der Errichtung eines den Bauungsplan vollkommen entsprechenden, jedoch ungenehmigten Baues der Fall ist ⁴⁾. Da der Staat dies Verhalten durch einfache Genehmigung zu einem erlaubten und nicht strafbaren machen kann, kann dies Verhalten als solches nicht

-
- 1) Mittelbach, MDR 1958, S. 66: "Es handelt sich nicht um Verhaltensweisen, die gleichsam sozialetisch vorgegeben sind, und deren Verletzung strafwürdig erscheint."
 - 2) Lange, JZ 1956, S. 79.
 - 3) Lange, JZ 1956, S. 77; derselbe, aaO, S. 79: "Die Eigenschaft als rechtswidriges Verhalten tragen die Verwaltungsdelikte nicht ex tunc in sich, sie ist ihnen vielmehr ex nunc äußerlich angehängt und kann ihnen jederzeit wieder genommen werden."
 - 4) § 367 Abs. 1 Nr. 15 StGB.

sozialethisch unwertig sein; denn der Staat darf sozialethisch unwertiges Verhalten nicht genehmigen.

f) Wenn das Verwaltungsdelikt auch vorrechtlich wertfreies Verhalten ist, so ist es doch nicht richtig, die Vorschriften des Verwaltungsstrafrechtes oder ihre Übertretung als sozialethisch gleichgültig, als moralisch indifferent zu bezeichnen¹⁾. Die Vorschriften des Verwaltungsstrafrechtes haben vielmehr, wie oben dargestellt wurde, den Sinn, Ordnung für bestimmte Bereiche des menschlichen Zusammenlebens zu setzen und zu erhalten. Eine solche rechtsstaatlich geschaffene Ordnung kann nur eine sinnvoll auf die Erhaltung und Förderung anerkannter Werte gerichtete sein. Die einzelnen im Rahmen dieser Ordnung gesetzten Ge- und Verbote sind daher keineswegs sozialethisch belanglos; eine sozialethisch nicht zu rechtfertigende Ordnung wäre tatsächlich eine despotische Zwangsordnung²⁾. Die sozialethische Bedeutsamkeit der gesetzlichen ordnungschaffenden und -erhaltenden Regelung indiziert jedoch nicht zwingend die sozialethische Unwertigkeit des unter Verbot und Strafe gestellten Verhaltens als solchem. Zwar unterliegt das Verhalten, nachdem es gesetzlich verboten worden ist, insofern einem Unwerturteil, als es sich gegen ein gesetzliches Verbot richtet, das bereits allein aus der Tatsache, daß es eine staatliche legislativ gesetzte Anordnung ist, Achtung verdient. Diesen Unwert trägt das Verhalten jedoch nicht in sich; er ist ihm gewissermaßen nur äußerlich angeheftet. Das Verhalten erhält seine antisoziale Bedeutung erst aus der Beziehung zur Rechtsordnung. Es unterliegt einem Unwerturteil nur, weil und solange es verboten ist. Richtig sagt Schmidhäuser: "Das sozialethische Gebot liegt hier darin, eine staatliche Anordnung zu befolgen, wo diese Anordnung im Hinblick auf das gedeihliche Zusammenleben der Gemeinschaft sinnvoll getroffen worden ist, mag sie auch in noch anderer Weise haben getroffen werden können."³⁾ Trifft der Staat die Regelung in anderer Weise, so entfällt neben dem rechtlichen auch das sozialethische Gebot, die - aufgehobene - frühere Anordnung zu befolgen. Das früher wegen seines Verstoßes gegen eine im Hinblick auf das gedeihliche Zusammenleben der Gesellschaft erlassene staatliche Anordnung als unwertig empfundene Verhalten verliert damit seinen Unwert⁴⁾. Während der Wegfall der Strafbarkeit von Mord und Diebstahl

1) Dies kritisieren Welzel, JZ 1956, S. 130 ff; Jescheck, JZ 1959, S. 461; Helmuth Mayer, Strafrecht, § 11 V 2.

2) Welzel, aaO.

3) Schmidhäuser, aaO, S. 164 Anm. 33.

4) Ähnlich Zimmerl, GS 98, S. 306: "Hat sich der Gesetzgeber für das Linksfahren entschieden, so handelt allerdings derjenige antisozial, der rechts fährt und umgekehrt. Aber der antisoziale Gehalt der Tat ist hier nicht der

das sozialetische Unwerturteil über Tat und Täter unberührt ließe, käme niemand auf den Gedanken, einen Menschen, der nach Aufhebung der Geschwindigkeitsbegrenzung mit einer Geschwindigkeit von mehr als 50 km/st durch eine Ortschaft führe, ohne eine zusätzliche sozialetische Indizierung (vgl. § 1 StVO) als unwertig oder strafwürdig anzusehen. Ebenso wenig unterliegt die freie Vermietung von Wohnraum nach Aufhebung der staatlichen Wohnraumbewirtschaftung einem Unwerturteil, obwohl der Bedarf an Wohnraum nach wie vor nicht gedeckt ist ¹⁾. Das Verwaltungsunrecht ist also nicht durch seine "sozialetische Gleichgültigkeit", durch seine "Wertneutralität" vom Kriminalstrafrecht unterschieden, sondern dadurch, daß es einem vorrechtlichen, bzw. vom positiven Recht unabhängigen, sozialetischen Unwerturteil nicht unterliegt. Seine Besonderheit liegt mithin darin, daß das unter Strafe gestellte Verhalten seinen Unwert für die soziale Ordnung erst dadurch erhält, daß es im Zuge staatlicher Regelung bestimmter Lebensgebiete unter Verbot und Strafe gestellt worden ist. Es trägt seinen Unwert nicht in sich. Dieser wird ihm vielmehr nur äußerlich - durch die gesetzliche Ordnung - angeheftet. Weil es verboten ist, darum ist es antisozial, und nicht umgekehrt, wie es beim Kriminalunrecht der Fall ist.

g) Der Unterschied zwischen den Kriminaldelikten und den Verwaltungsdelikten besteht, wie sich aus dem vorstehend Gesagten ergibt, im Verhältnis von gesetzlichem Verbot des Verhaltens und dessen sozialetischen Unwert. Während die Tatbestände des Kriminalstrafrechts an die dem Strafgesetz präexistente sozialetische Bewertung des von ihnen erfaßten Verhaltens anknüpfen, indem sie allgemein als strafwürdig oder doch als für das gedeihliche Zusammenleben der menschlichen Gesellschaft unwertig beurteilte Verhaltensweise unter Strafe stellen, und während diese Verhaltensweisen auch bei Aufhebung des sich für strafbar erklärenden Gesetzes weiterhin als unwertig empfunden werden würden, richtet sich bei den Verwaltungsdelikten das Unwerturteil über das unter Strafe gestellte Verhalten allein nach dem gesetzlichen Verbot. Das gesetzliche Verbot schafft hier erst das Unwerturteil über ein Verhalten, das vorher nicht als unwertig empfunden wurde, und das seinen Unwert verliert, sobald der Staat Verbot und Strafdrohung aufhebt. Während die Strafdrohung des Kriminalstrafrechts an das sozialetische Unwerturteil anknüpft, knüpft beim Verwaltungsdelikt umge-

Fortsetzung der Fußnote 4) von Seite 28

Grund, sondern vielmehr erst die Folge der formellen Widerrechtlichkeit; weil es verboten ist, darum ist es antisozial."

1) Michels, Strafbare Handlung, S. 52.

kehrt das Unwerturteil an das gesetzliche Verbot und die damit verbundene Strafandrohung an. Hier schafft der Staat auf der Grundlage von Zweckmäßigkeitserwägungen durch seine Gesetze erst eine Ordnung bestimmter Lebensbereiche, mit der das unter Strafe gestellte Verhalten nunmehr nicht (mehr) in Einklang steht ¹⁾.

4. KAPITEL

Die Verwaltungsstrafrechtstheorie Goldschmidt's und ihre Begründung der verwaltungsbehördlichen Kompetenz zur Ahndung von Verwaltungsunrecht

Wenn auch die wesentlichen Kriterien, an denen sich das Verwaltungsunrecht vom Kriminalunrecht unterscheiden läßt, bereits oben dargestellt worden sind, so soll doch im Rahmen dieser Untersuchung nicht auf eine Darstellung der Verwaltungsstrafrechtstheorie Goldschmidt's ²⁾ verzichtet werden. Während es den vorangehenden Untersuchungen darum ging, die zwischen Verwaltungsunrecht und Kriminalunrecht bestehenden Unterschiede aufzuzeigen, ohne daraus unmittelbar gewaltenverschiedene Kompetenzen der Unrechtsahndung abzuleiten, befaßt sich diese Lehre primär mit der Zugehörigkeit des Verwaltungsstrafrechts zur Kompetenz der Verwaltung.

Diese in sich folgerichtige, wenn auch für die heutige Rechts- und Staatslehre nicht mehr uneingeschränkt zu übernehmende Lehre Goldschmidt's findet ihre besondere Bedeutung darin, daß sie Ausgangspunkt der bis heute nicht verstummten Diskussion um ein vom allgemeinen Strafrecht getrenntes Verwaltungsstrafrecht geworden ist.

Goldschmidt unterscheidet zwischen einem "Verfassungsstrafrecht" und einem "Verwaltungsstrafrecht". Der Gegensatz zwischen Verfassungsstrafrecht und Ver-

-
- 1) Lange, JZ 1956, S. 77, 79; Rotberg, Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, S. 25 ff; Schropp, Die Abgrenzung, S. 32; Wimmer, NJW 1957, S. 1169 ff.
 - 2) James Goldschmidt, Verwaltungsstrafrecht; Begriff und Aufgabe eines Verwaltungsstrafrechts, JZ Bd. 7, S. 212; GA Bd. 49, S. 170 ff; Das Verwaltungsstrafrecht im Verhältnis zur modernen Staats- und Rechtslehre; Deliktobligationen des Verwaltungsrechts, MIKv Bd. 12, S. 220 ff; weitere Angaben s. o. S. 4 Anm. 1.

waltungsstrafrecht beruht nach Goldschmidt auf einem Doppelgegensatz von Zweck und Mittel: auf dem Gegensatz zwischen den "notwendigerweise miteinander kollidierenden" menschlichen Interessen des "Wollendürfens" und der "Wohlfahrt", ferner auf dem Gegensatz zwischen Verfassung und Verwaltung ¹⁾. Goldschmidt erklärt dazu: "Wollendürfen und Wohlfahrt als menschliche Interessen kollidieren an sich. Sie führen einen Kampf in jedes Menschen Brust." Es gibt allerdings einige menschliche Einrichtungen, zu denen auch das Verwaltungsstrafrecht gehört, die diese Interessen zu einem Ausgleich bringen.

"Wollendürfen" ist in subjektiver Hinsicht die Summe der Interessen eines Willensträgers. In objektiver Hinsicht ist "Wollendürfen" die, bedingt durch die Koexistenz mehrerer Willensträger, abgegrenzte Machtsphäre der einzelnen Willensträger, d. h. der dem Einzelnen zugestandene Bereich freier Willensbestätigung. Diese Begrenzung der Machtbereiche "schafft erst die Möglichkeit menschlichen Zusammenlebens, verbürgt den Frieden" ²⁾. Die Begrenzung des "Wollendürfens" trifft die menschliche Gesellschaft durch die "Verfassung" ³⁾, d. h. durch die "Erklärung des allgemeinen Willens über den zur Zeit anzuerkennenden Umfang der Machtsphären" ⁴⁾.

Die Wohlfahrt dagegen ist ihrem Wesen nach "einabsoluter Zustand des materiellen und ideellen Befindens". Sie ist als absoluter, idealer Zustand begrifflich nicht erreichbar, jedoch ein Ziel, auf das ständig hinarbeiten, der Staat dauernd verpflichtet ist ⁵⁾. Sie ist das allgemeine Wohl, das allgemeine Beste. Ihr zu dienen und sie zu fördern, ist Aufgabe der Verwaltung.

Die Auflehnung gegen die "Verfassung", d. h. gegen das "Wollendürfen", wird durch das "Verfassungsstrafrecht" geahndet. Diese Auflehnung enthält neben der Verletzung des formellen Rechts stets die Beeinträchtigung des "Wollendürfens",

1) Goldschmidt, Verwaltungsstrafrecht, S. 529.

2) Goldschmidt, aaO.

3) "Verfassung" im Sinne der Lehre Goldschmidt's ist die positive "Rechtsordnung", d. h. die gesetzliche Ordnung der Rechtssphären der Willensträger.

4) Goldschmidt, aaO, S. 371.

5) Goldschmidt, Verwaltungsstrafrecht, S. 530, 533: "der von der Gesamtheit angestrebte, aber unerreichbare Zustand ideeller und materieller Vervollkommenung".

d. h. der Machtsphäre eines anderen Willensträgers ¹⁾. Ihr ist also stets neben dem formellen ein materielles Element wesentlich ²⁾. Die Auflehnung gegen die "Wohlfahrt" wird durch das Verwaltungsstrafrecht geahndet. Da die Wohlfahrt kein bestehender Tatbestand, sondern bereits begrifflich ein nicht zu erreichendes Ziel, d. h. eine Idee, darstellt, ist mit der Auflehnung gegen sie ein materiell nachweisbarer Schaden, eine materielle Rechtsbeeinträchtigung nicht verbunden ³⁾. Die Auflehnung gegen die Wohlfahrt kann sich nur in der Auflehnung gegen die die öffentliche Wohlfahrt anstrebende Tätigkeit dokumentieren. Jene Tätigkeit ist, da die Förderung des allgemeinen Wohls von der Gesellschaft dem Staat übertragen ist, die Staatsverwaltung. "Die Tätigkeit des verwaltenden Staates ist unwiderleglich vorteilbringend; die Unterlassung ihrer Unterstützung, wo dieselbe vorgesehen ist, ist unwiderleglich vorteilvereitelnd. Wo der verwaltende Staat seinen Intentionen über die zu erfordernde Unterstützung durch Befehle - Ge- und Verbote - Ausdruck verleiht, besteht die Unterstützung in deren Befolgung, in ihrer Übertretung die Unterlassung der Unterstützung." ⁴⁾ Als Kriterium der Auflehnung gegen die Wohlfahrt bleibt danach nur "die eigentümliche Unterlassung der Unterstützung der auf die Förderung des öffentlichen Wohles gerichteten, bzw. fiktiv als solche Förderung erscheinenden Staatsverwaltung"; sie dokumentiert sich in der Nichtbefolgung der vom Staate zur Förderung des Allgemeinwohls erlassenen Anordnungen. Dem Verwaltungsdelikt ist daher nur das formelle Element der Gesetzeswidrigkeit wesentlich.

Die Zugehörigkeit des Verwaltungsstrafrechts zum Bereich der Verwaltung ergibt sich nach Goldschmidt aus dogmatischen Gründen. Da das Verwaltungsdelikt sich nicht gegen das "Wollendürfen", sondern nur gegen die "Wohlfahrt" richtet, und die Förderung der "Wohlfahrt" Ziel und Aufgabe der Verwaltungstätigkeit ist, ist dieser im Rahmen der Förderung des Gemeinwohls auch die Aufgabe gesetzt, den Bürger, der die zur Förderung der Wohlfahrt erlassenen Anordnungen nicht beachtet, zur künftigen Beachtung dieser Gesetze, d. h. zur Unterstützung der Verwaltung, durch Verwaltungsmittel anzuhalten.

- 1) Auf die Unrichtigkeit der Identifizierung des Kriminalunrechts mit dem Angriff auf subjektive Rechte wurde bereits oben (S. 8 ff.) hingewiesen. Goldschmidt selbst distanziert sich in "Festgabe für Koch", S. 426 Fußn. 5, von dieser seiner in "Verwaltungsstrafrecht" vertretenen Meinung, allerdings ohne dem von ihm geprägten Begriff des "Wollendürfens" unter Zugrundelegung dieser Erkenntnis neuen Sinn zu geben.
- 2) Goldschmidt, Verwaltungsstrafrecht, S. 539.
- 3) Goldschmidt, aaO, S. 545.
- 4) Goldschmidt, aaO, S. 546.

Die Verwaltungsstrafe richtet sich nicht an das Individuum als Einzelperson, sondern an das Individuum "in seiner Eigenschaft als Hilfsorgan der Verwaltung" ¹⁾. Der Bürger wird hinsichtlich seiner Pflicht zur Befolgung von Verwaltungsvorschriften, d. h. seiner Pflicht zur "Unterstützung der Verwaltung" nicht als einzelner Willensträger, sondern als Organ der Verwaltung angesehen. Wörtlich sagt Goldschmidt dazu: "Indessen hat, was das öffentliche Wohl anlangt, die Gesamtheit mit der Übertragung der genannten Aufgaben ²⁾ an den Staat noch nicht genug getan. Sie muß nochmals in allen ihren Gliedern mitarbeiten, immer nach dem von dem verwaltenden Staate gesteuerten Kurs. Die Individuen stehen dabei in letzter Linie im Dienst der hier nicht als Willensträger erscheinenden Gesamtheit; entsprechend erscheinen sie hier nicht als Willensträger, sondern ebenso wie der Staat selbst als Verwaltungsorgane der menschlichen Gesellschaft ... Dadurch freilich, daß der Kurs des verwaltenden Staates für die Individuen maßgebend geworden ist, ist ihre Ebenbürtigkeit stark beeinträchtigt, indem sie von der Stellung als in thesi gleichberechtigte Organe der Gesamtheit zu Hilfsorganen des verwaltenden Staates herabgedrückt sind." ³⁾ Goldschmidt folgert daraus, die Verhängung von Verwaltungsstrafen gehöre als an ein Hilfsorgan der Verwaltung gerichtete Maßnahme wegen verwaltungswidrigen Verhaltens in die Kompetenz der Verwaltung ⁴⁾.

5. KAPITEL

Zusammenfassende Gegenüberstellung von Kriminalunrecht und Verwaltungsunrecht. Die qualitative Differenz der Unrechtsbereiche

Zusammenfassend lassen sich folgende - qualitative - Differenzen zwischen Kriminalunrecht und Verwaltungsunrecht festhalten: Das Verwaltungsunrecht unterscheidet sich vom Kriminalunrecht bereits unter dem Gesichtspunkt des Rechtsgüterangriffs. Während das Kriminaldelikt mit Ausnahme der abstrakten

1) Goldschmidt, aaO, S. 547, 552.

2) Gemeint sind die Aufgaben der Wohlfahrtsförderung.

3) Goldschmidt, aaO, S. 547.

4) Es sei an dieser Stelle darauf hingewiesen, daß hier die Gedanken Goldschmidt's - kritiklos - dargestellt wurden. Zur Kompetenz der Verwaltungsbehörden zur Verhängung von Verwaltungsstrafen wird im Rahmen der vorliegenden Abhandlung erst im dritten Hauptteil Stellung genommen.

Gefährungsdelikte kriminellen Charakters typischerweise als Angriff gegen Rechtsgüter in der Form der Verletzung oder Gefährdung derselben erfaßbar ist, enthält das Verwaltungsdelikt begriffsnotwendigerweise einen Angriff auf Rechtsgüter nicht. Dem Verwaltungsdelikt fehlt im Verhältnis zum Kriminaldelikt das zum - beiden Unrechtsbereichen wesentlichen - formellen Element des Gesetzesverstoßes hinzukommende materielle Element. Es charakterisiert sich durch die Zuwiderhandlung gegenüber - weitgehend zeit- und verhältnisbedingten - ordnungschaffenden und -erhaltenden staatlichen Gesetzen, durch den Verstoß gegen die staatlich erstellte Ordnung.

Der grundsätzliche Unterschied zwischen Kriminalunrecht und Verwaltungsunrecht besteht im sozialetischen Unwert des unter Verbot und Strafe gestellten Verhaltens. Während die Delikte des Kriminalunrechts typischerweise einem der gesetzlichen Strafdrohung präexistenten Unwerturteil unterliegen, handelt es sich bei den Delikten des Verwaltungsunrechts, bevor sie unter Verbot und Strafe gestellt werden, um wertfreies Verhalten. Die Tatbestände des Verwaltungsstrafrechts stellen im Zuge der ordnenden Regelung bestimmter Lebensbereiche Verbot und Strafe für bestimmte Verhaltensweisen auf, die dieser staatlich erstellten Ordnung (nunmehr) widersprechen. Die staatliche Strafdrohung knüpft hier nicht an eine bestehende sozialetische Wertung an; sie beruht vielmehr auf Zweckmäßigkeitserwägungen. Unwert erhält das Verhalten des Verwaltungsunrechts erst aus seiner Beziehung zur Rechtsordnung. Es erscheint unwertig nur, wenn, soweit und solange es verboten ist. Während das Kriminalunrecht unabhängig vom gesetzlichen Verbot und von der Strafdrohung sozialetisch unwertig ist, unterliegt das Verwaltungsdelikt einem - gegenüber dem auf das Kriminaldelikt bezogenen weit- aus geringeren - Unwerturteil nur, wenn es unter Verbot und Strafe gestellt ist.

Unter Berücksichtigung dieser wesentlichen Differenzen zwischen beiden Unrechtsbereichen wird man nicht allein von einem Unterschied der Quantität zwischen Kriminalunrecht und Verwaltungsunrecht sprechen können ¹⁾; denn nicht allein der Grad der Schwere der Rechtsverletzung unterscheidet das Verwaltungsunrecht vom Kriminalunrecht. Es sind vielmehr in erster Linie Kriterien der Qualität, die die Differenz ausmachen. Die unterschiedliche Zielrichtung des Angriffs sowie das unterschiedliche Verhältnis von gesetzlichem Verbot und sozialetischem Unwerturteil sind Kriterien nicht allein der Quantität, sondern auch und vor allem Kriterien der Qualität. Die Bezeichnung "Bagatellstrafrecht", wie sie immer wieder von den Gegnern der qualitativen Differenzierung von Kriminalunrecht

1) So die oben auf S. 5 ff dargestellten Meinungen.

und Verwaltungsunrecht verwandt wird ¹⁾, trifft nicht die wesentlichen Eigenschaften des Verwaltungsstrafrechts. Die wesentlichen Unterscheidungsmerkmale der Unrechtsbereiche sind Merkmale der Qualität.

6. KAPITEL

Das Verhältnis von Kriminalunrecht und Verwaltungsunrecht zu den vom Gesetzgeber verwandten Begriffen "Straftat", "Zuwiderhandlung" und "Ordnungswidrigkeit"

a) Nachdem die strukturelle Differenz zwischen Kriminalunrecht und Verwaltungsunrecht festgestellt worden ist, stellt sich notwendigerweise die Frage danach, ob diese strukturmäßige Differenzierung der Unrechtsbereiche mit der vom Gesetzgeber vorgenommenen rechtsfolgemäßigen Trennung der Unrechthandlungen in Straftaten, die mit Kriminalstrafe zu ahnden sind ²⁾, und Ordnungswidrigkeiten, die mit Geldbuße sanktioniert werden ³⁾, übereinstimmt.

Man könnte versucht sein, den strukturmäßigen Begriff "Kriminalunrecht" mit dem rechtsfolgemäßig-formellen Begriff "Straftat", ebenso wie den strukturmäßigen Begriff "Verwaltungsunrecht" mit dem rechtsfolgemäßig-formellen Begriff "Ordnungswidrigkeit" zu identifizieren. Eine Durchsicht des positiven Rechts lehrt jedoch, daß der Gesetzgeber eine derartige Identifizierung der Begriffe nicht vornimmt, daß er also die rechtsfolgemäßige Trennung der Unrechttaten in Straftaten und Ordnungswidrigkeiten nicht exakt der strukturmäßigen Trennung von Kriminalunrecht und Verwaltungsunrecht entsprechen läßt.

Der Gesetzgeber hat außer den Begriffen "Straftat" und "Ordnungswidrigkeit" den Begriff "Zuwiderhandlung" geprägt ⁴⁾. Dieser Begriff der Zuwiderhandlung umfaßt den gesamten Bereich der Ordnungswidrigkeiten, wie auch einen Teilbereich der Straftaten, nämlich den der §§ 1 Abs. 3 OwiG, 3 WiStG. Dieser Ordnungswidrigkeiten und zum Teil auch Straftaten umfassende Begriff der Zu-

1) Dazu siehe oben S. 5 f.

2) § 1 Abs. 2, 3 OwiG.

3) § 1 Abs. 1, 3 OwiG.

4) § 1 Abs. 4 OwiG. Zu ähnlichen Problemen führte der in § 33 pr. PVG vom 1. Juli 1931 verwandte Begriff der "Nichtbefolgung" von Polizeiverordnungen.

widerhandlung entspricht dem strukturellen Begriff des Verwaltungsunrechts, während die nicht in den Begriff "Zu widerhandlung" fallenden Straftaten - und das sind die ausschließlich mit Strafe bedrohten Verhaltensweisen - dem strukturellen Begriff des Kriminalunrechts entsprechen ¹⁾.

§ 1 OwiG lautet:

1. Ist eine Handlung ausschließlich mit Geldbuße bedroht, so ist sie eine Ordnungswidrigkeit.
2. Ist eine Handlung ausschließlich mit Strafe bedroht, so ist sie eine Straftat.
3. Ist eine Handlung entweder mit Strafe oder mit Geldbuße bedroht, so ist sie im Einzelfall eine Straftat, wenn sie mit Strafe, eine Ordnungswidrigkeit, wenn sie mit Geldbuße zu ahnden ist.
4. Die in den Absätzen 1 und 3 bezeichneten Handlungen sind Zu widerhandlungen im Sinne dieses Gesetzes. Auf die in Absatz 2 bezeichneten Handlungen ist dies Gesetz nicht anwendbar.

Der Gesetzgeber stellt in § 1 Abs. 4 OwiG die Begriffe "Zu widerhandlung" und echte "Straftat" einander bewußt gegenüber.

b) Dazu, daß die Verhaltensweisen des § 1 Abs. 2 OwiG, d. h. die ausschließlich mit krimineller Strafe bedrohten Handlungen, die echten Straftaten, dem strukturellen Begriff des Kriminalunrechts entsprechen, bedarf es hier keiner weiteren Darstellungen. Es handelt sich bei diesen Delikten um die echten Kriminalstraftaten.

c) Einiger Erläuterungen bedarf jedoch die These, daß die Zu widerhandlungen des § 1 Abs. 1 und 3 OwiG und des § 3 WiStG dem Begriff des Verwaltungsunrechts entsprechen. Unproblematisch ist hier allerdings die Identifizierung der mit Geldbuße bedrohten und geahndeten Delikte, d. h. der Ordnungswidrigkeiten, mit dem Begriff des Verwaltungsunrechts; denn die Ordnungswidrigkeiten sind typischerweise Verwaltungsunrecht ²⁾. Aber auch die in den Bereich der "Zu widerhandlung" gehörende Straftat zählt strukturgemäß zum Verwaltungsunrecht,

1) Lange, JZ 1956, S. 77; Michels, Strafbare Handlung, S. 48 ff; Gerner-Winckler, Wirtschaftsstrafgesetz, § 43 Anm. 1.

2) Ausnahmen zu diesem Grundsatz siehe unten S. 40 ff.

und ist lediglich der Rechtsfolge nach Straftat ¹⁾. Sie ist als Verhaltensweise im vorrechtlich sozialetisch nicht unwertigen Raum, die vom Gesetzgeber lediglich zur ordnenden Regelung eines bestimmten Lebensbereiches unter Verbot und Strafe gestellt worden ist, "durch und durch Produkt des Gesetzgebers" ²⁾. Mit Recht bezeichnet Lange sie als "große Ordnungswidrigkeit", die "niemals durch unmittelbaren Regreß auf den materiellen Strafgrund der genuin kriminellen Handlung als sozialetisch unerträglich und vorwerfbar bestimmt werden kann", die vielmehr "alle formalen Elemente der Ordnungswidrigkeit voraussetzt" ³⁾.

Das Beispiel des § 3 WiStG mag dies erhellen.

§ 2 WiStG lautet:

- (1) Eine Zuwiderhandlung im Sinne der §§ 1, 2, 2a ist eine Straftat, wenn
 1. die Tat ihrem Umfang oder ihrer Auswirkung nach geeignet ist, die Ziele der Wirtschaftsordnung, insbesondere einer geltenden Marktordnung oder Preisregelung, erheblich zu beeinträchtigen, oder
 2. der Täter die Zuwiderhandlung hartnäckig wiederholt, gewerbsmäßig, aus verwerflichem Eigennutz oder sonst verantwortungslos handelt und durch sein Verhalten zeigt, daß er das öffentliche Interesse an dem Schutze der Wirtschaftsordnung, insbesondere einer geltenden Markt- und Preisregelung, mißachtet.
- (2) In allen anderen Fällen ist die Zuwiderhandlung eine Ordnungswidrigkeit ⁴⁾.

Die Zuwiderhandlung des Wirtschaftsstrafgesetzes ist, sofern sie mit Bußfolgen bedroht ist, als Ordnungswidrigkeit Verwaltungsunrecht ⁵⁾. Zu diesem in den Bereich des echten Verwaltungsunrechts gehörenden Grundtatbestand kommt in

-
- 1) Lange, JZ 1956, S. 77; Michels, Strafbare Handlung, S. 48; Kohlrausch-Lange, StGB, S. 15; ähnlich: Wimmer, Fahrlässige Verletzung, S. 12; aA aus den oben auf S. 24 genannten Gründen Welzel, JZ 1957, S. 131 f.
 - 2) Lange, aaO.
 - 3) Lange, aaO.
 - 4) Eine Aufzählung weiterer sogenannter Mischtatbestände, die sowohl mit Straffolgen als auch mit Bußfolgen bedroht sind, befindet sich bei Patzig, VerwArch 1959, S. 372 ff.
 - 5) Ebisch, Wirtschaftsstrafrecht, § 3 Anm. 1.

den mit krimineller Strafe bedrohten Fällen die besonders starke objektive Auswirkung der Tat, bzw. die besonders verwerfliche subjektive Einstellung des Täters, hinzu. Beide Elemente können die Tat nicht zu einer einem von der gesetzlichen Regelung unabhängigen Unwerturteil unterliegenden Verhaltensweise, die sich primär gegen Rechtsgüter und nicht nur gegen die staatlich erstellte Ordnung richtet, verwandeln ¹⁾. Nach Abs. 1 Nr. 1 des § 3 WiStG wird die Zuwiderhandlung zur Straftat, wenn "die Tat ihrem Umfang oder ihren Auswirkungen nach geeignet ist, die Ziele der Wirtschaftsordnung, insbesondere einer geltenden Marktordnung oder Preisregelung, erheblich zu beeinträchtigen." Die Tat bleibt trotz der Steigerung ihrer objektiven Auswirkungen primär ein Angriff lediglich auf die vom Staate durch Gesetz geschaffene "Wirtschaftsordnung", "Marktordnung" und "Preisregelung". Sie erhält ihren Unwert erst aus ihrer Beziehung zum gesetzlichen Verbot, das - auf der Grundlage von Zweckmäßigkeitserwägungen - vorrechtlich wertfreies Verhalten im Zuge der ordnenden Regelung des Wirtschaftslebens unter Verbot und Strafe stellt. Sie bleibt also strukturell Verwaltungsunrecht. Auch die nach Abs. 1 Nr. 2 des § 3 WiStG zum einfachen Verwaltungsunrecht hinzukommende, besonders gravierende subjektive Einstellung des Täters, die die Tat zur Straftat werden läßt, kann diese nicht zu einer dem gesetzlichen Verbot präexistent unwertigen machen. Grundtatbestand ist auch hier der Verstoß gegen die gesetzliche Ordnung. Hinzu kommen u. a. Gewerbsmäßigkeit, verwerflicher Eigennutz und sonstige Verantwortungslosigkeit auf seiten des Täters. Zwar ist vor allem der verwerfliche Eigennutz sozialetisch präexistent unwertig. Jedoch ist nicht der verwerfliche Eigennutz als solcher unter Strafe gestellt, sondern der Verstoß gegen bestimmte Gesetze, der mit verwerflichem Eigennutz verbunden ist. Ohne die Gesetzesregeln, auf die sich § 3 WiStG bezieht, ist die Straftat des § 3 WiStG nicht denkbar. Sie war also den betreffenden Gesetzesregeln präexistent nicht vorhanden und kann daher nicht als apriori unwertig bezeichnet werden. Die Tat erhält lediglich durch den verwerflichen Eigennutz des Täters einen sozialetisch apriori unwertigen Zusatz. Dieser begründet jedoch nicht die der gesetzlichen Ordnung, gegen die sie sich richtet, vorausgehende Verwerflichkeit der Tat; denn die Tat, die primär als Ordnungsverstoß bestraft wird, war vor Erlass dieser Ordnungsregeln nicht möglich ²⁾.

1) . Lange, JZ 1956, S. 77.

2) Vgl. hierzu auch Lange, aaO; Michels aaO; abweichend: Eberhard Schmidt, Das neue westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht, S. 26 ff.

d) Aus der Feststellung, daß der Gesetzgeber strukturell zum Verwaltungsunrecht gehörendes Verhalten sowohl mit krimineller Strafe als auch mit Geldbuße bedroht, ergibt sich notwendigerweise die Frage nach dem Unterschied des mit Straffolgen und des mit Bußfolgen zu ahndenden Verwaltungsunrechts.

Die Antwort auf diese Frage liegt begründet in der sozialetischen Relevanz des Ungehorsams ¹⁾. Die mit Kriminalstrafe bedrohte, strukturell in den Bereich des Verwaltungsunrechts gehörende Tat steht - gemessen am Unwert des Verhaltens - zwischen der reinen Lässigkeit des einfachen Verwaltungsunrechts und der gegen die sozialetischen Grundwerte gerichteten Kriminalstraftat. Das typische Verwaltungsdelikt charakterisiert sich, wie oben dargestellt wurde, durch die Zuwiderhandlung gegen staatliche, zum Zwecke der Ordnung bestimmter Lebensbereiche erlassene Ge- und Verbote im Raume vorpositiv wertfreien Verhaltens und unterliegt regelmäßig einem relevanten Unwerturteil, von demjenigen wegen Nichtbeachtung der staatlichen Anordnung abgesehen, nicht. Es erschöpft sich im einfachen Gesetzesungehorsam. Dem weniger schweren Unwert der Tat entspricht der gegenüber der Kriminalstrafe leichter wiegende einfache Ordnungsruf des Bußgeldbescheides ²⁾. Demgegenüber ist das typische Kriminaldelikt eine sich gegen die Grundwerte der sozialen Lebensordnung richtende und daher unabhängig vom gesetzlichen Ge- oder Verbot sozialetisch unwürdige Tat. Sie ist nicht eigentlich als Ungehorsam faßbar, sondern als Auflehnung gegen die sozialetischen Grundwerte. Diese gegenüber dem typischen Verwaltungsdelikt weitaus verwerflichere Tat bedarf der schwerwiegenden, ein sozialetisches Unwerturteil über Tat und Täter enthaltenden Kriminalstrafe, die den Rechtsfeind im Interesse des Rechtsfriedens niederzwingen und unschädlich machen und für seine Tat sühnen lassen will ³⁾. Zwischen diesen beiden sozialetisch extrem unterschiedlich gewerteten Verhaltensweisen ist eine ganze Skala verschieden schwerer Handlungsunwerte denkbar. Eine Steigerung des der Zuwiderhandlung eigenen Unwertes ist insbesondere dann gegeben, wenn zum einfachen Ungehorsam ein besonders starker Ungehorsamswille hinzukommt, oder wenn der Ungehorsam objektive Auswirkungen zeigt, die einer besonders starken Mißbilligung durch die Allgemeinheit unterliegen, wenn also der zu erhebende Vorwurf nicht nur auf die Nichtbefolgung der gesetzlichen Vorschrift beschränkt ist. In diesen Fällen enthält die an sich vorrechtlich moralisch nicht verbotene Tat außer der Nichtbeachtung staatlicher Ge- und Verbote zusätzlich sozialetisch zu mißbilligende Momente und nähert sich damit dem Bereich des Kriminalunrechts an.

1) Michels, Strafbare Handlung, S. 58.

2) Zum Unterschied zwischen Verwaltungsstrafe und Kriminalstrafe s. u. S. 45 ff.

3) Dazu s. u. S. 48 ff.

Sie wird zwar nicht zur vorpositiv unwertigen Tat oder zum Rechtsgüterangriff; jedoch erhält der - das Verwaltungsunrecht charakterisierende - Ungehorsam als solcher sozialetische Relevanz. Nimmt der Ungehorsam durch die subjektive Einstellung des Täters oder durch die objektive Auswirkung der Tat Formen an, die sich nicht mehr als "reine Lässigkeiten" bezeichnen lassen, sondern sozialetische Relevanz erreichen ¹⁾, weil "die an sich nicht böse Tat Affinität zum sozialetisch Bösen erhält" ²⁾, so steht die Zuwiderhandlung im Lichte sozialetischer Wertung in unmittelbarer Nachbarschaft zur kriminellen Straftat ³⁾. Wo der Ungehorsam "von der Lässigkeit in gemeinschaftsschädliche Rechtsfeindschaft umschlägt" ⁴⁾, wo "die nicht böse Tat Affinität zum Bösen" erhält ⁵⁾, wird oft die bloße Ordnungsstrafe zur Aufschreckung des Bürgers nicht ausreichen. Die rationelle Zwecksetzung der Ordnungsgesetze verlangt, daß der Gesetzgeber der unterlassenen Förderung seiner Ordnungs- und Verwaltungsinteressen "mit allen ihm zu Gebote stehenden Mitteln zu Leibe rückt und notfalls vor Strafe nicht zurückschreckt" ⁶⁾. Richtig sagt Wimmer dazu: "Da das Sozialethos den Staat als Autorität anerkennt, kann ihm grundsätzlich nicht die Befugnis abgesprochen werden, auch für Ordnungsgesetze Gehorsam derart unter Berufung auf das Sozialethos zu verlangen, daß er den Ungehorsam als sozialetisch böse kennzeichnet." ⁷⁾

e) Läßt sich einerseits feststellen, daß der Staat strukturell zum Verwaltungsunrecht gehörendes Verhalten unter bestimmten Voraussetzungen mit krimineller Strafe bedrohen, und damit als Straftat behandeln kann, so stellt sich andererseits die Frage, ob der Staat auch strukturell zum Kriminalunrecht gehörendes Verhalten mit Verwaltungsstrafen bedrohen und als Ordnungswidrigkeit behandeln kann.

Ausgangspunkt der Beantwortung dieser Frage muß die Feststellung sein, daß der Staat nicht jedes sozialetisch unwertige Verhalten unter Strafe stellt. Der Staat

1) Michels, aaO, S. 58.

2) Wimmer, NJW 1957, S. 1170; Fahrlässige Verletzung, S. 13.

3) Michels, aaO, S. 58; Lange, JZ 1956, S. 77; Wimmer, Fahrlässige Verletzung, S. 12 ff; DAR 1957, S. 169 ff; JZ 1957, S. 1172 ff.

4) Michels, aaO.

5) Wimmer, aaO.

6) Michels, aaO.

7) Wimmer, NJW 1957, S. 1170.

läßt sozialetisch unwertiges Verhalten 'zum Teil völlig sanktionslos, wie es z. B. bei der Gefährdung anderer oder der fahrlässigen Sachbeschädigung der Fall ist. Der Staat trifft aus dem Bereich der sozialetisch unwertigen Verhaltensweisen nur eine vornehmlich durch das Maß des Unwerts der betreffenden Verhaltensweisen für die allgemein anerkannten sozialetischen Grundwerte bestimmte Auswahl, die er mit Strafe bedroht ¹⁾.

Eine staatliche Strafpflicht für jedes unwertige Verhalten besteht, wie Welzel richtig erkennt, nicht ²⁾. Die Strafdrohung ist dem Staat ein Mittel, dessen er sich im Rahmen der Erfüllung der ihm generell gesetzten Aufgabe der Schaffung und Erhaltung einer das gedeihliche menschliche Zusammenleben ermöglichenden Ordnung bedient ³⁾. Der Gesetzgeber wählt aus dem Gesamtkomplex der unwertigen Verhaltensweisen solche Tatbestände aus, deren Sanktionierung mit staatlichen Unheilsfolgen zur Förderung und Sicherung des gedeihlichen menschlichen Zusammenlebens wichtig erscheint, und stellt diese unter Strafe. Es steht ihm daher grundsätzlich frei, "über die unbewußten Strafbarkeitslücken als Folgen des notwendig fragmentarischen Charakters des Strafrechts hinaus bewußte Lücken" zu lassen ⁴⁾. Wenn aber der Staat nicht jede sozialetisch unwertige Tat mit krimineller Strafe bedrohen muß, dann kann er auch bestimmte, an sich unwertige Taten statt mit Strafe nur mit Bußgeld ahnden, und sie als Verwaltungsunrecht behandeln ⁵⁾. Er kann sie also, statt unter dem Gesichtspunkt des Rechtsgüterangriffs und des Tatumwerts, lediglich unter dem Gesichtspunkt der die gesetzte Ordnung störenden Gesetzesübertretung und des Verwaltungsungehorsams erfassen. Dies wird er insbesondere dann tun, wenn der sozialetische Unwert gering ist, und wenn die Abgrenzung der sozialetisch unwertigen zu der sozial-ethisch nicht unwertigen Tat besondere Schwierigkeiten bereitet ⁶⁾.

Grenzen der Erfassung sozialetisch unwertigen Verhaltens als Verwaltungsunrecht sind lediglich der Grundsatz der Gerechtigkeit der Strafe ⁷⁾, der Grundsatz

-
- 1) Wimmer, DAR 1957, S. 170; Fahrlässige Verletzung, S. 14; Welzel, Strafrecht, § 31 I 2.
 - 2) Welzel, aaO; Maurach, AT, S. 13.
 - 3) Welzel, aaO; Maurach, aaO; Sax in Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Bd. III, 2, S. 930.
 - 4) Sax, aaO.
 - 5) Wimmer, aaO.
 - 6) Wimmer, aaO.
 - 7) Welzel, aaO: "Wenn er (der Staat) straft, hat er gerecht zu strafen."

der Gleichheit und der Grundsatz der Würde des Menschen sowie die grundgesetzliche Wertordnung ¹⁾. Eine staatliche Gesetzgebung, die Mord und Freiheitsberaubung straffrei ließe oder nur als Ordnungswidrigkeit behandelte, Diebstahl und Mundraub dagegen zu schweren Verbrechen umwandelte, enthielte eine Mißachtung der grundgesetzlichen Wertordnung und einen Verstoß sowohl gegen den Grundsatz der Gleichheit als auch gegen den Grundsatz der Würde des Menschen und wäre daher verfassungswidrig ²⁾.

7. KAPITEL

Die staatsrechtliche Grundkonzeption und ihr Einfluß auf das
Verhältnis von Kriminalstrafrecht und Verwaltungsstrafrecht

a) Ist im vorstehenden Kapitel festgestellt worden, daß das derzeitige Recht eine strukturmäßige Aufteilung der Unrechtssanktionen in für echtes Kriminalunrecht verhängte Kriminalstrafen, für Verwaltungsunrecht verhängte Kriminalstrafen und für Verwaltungsunrecht verhängte Verwaltungsstrafen kennt, und ihm die Verhängung von Verwaltungsstrafen auch für Kriminalunrecht nicht widersprechen würde, so soll nachfolgend der Grund dieser strukturmäßigen Aufgliederung der Unrechtssanktionen beleuchtet werden.

Wie schon Smend und ihm folgend Erik Wolf erkennen, ist die staatsrechtliche Grundkonzeption von wesentlichem Einfluß auf das Verhältnis von Kriminalstrafrecht und Verwaltungsstrafrecht ³⁾.

Nach Wolf bestimmt sich die staatsrechtliche Grundkonzeption an den drei, gemeinsam den Staatswert bildenden Grundwerten, dem Rechtswert, dem Wohlfahrtswert und dem Machtwert ⁴⁾. Höchster Rechtswert ist die Gerechtigkeit, höchster Wohlfahrtswert ist die Wohlfahrt, und höchster Machtwert ist die Autorität. An diese Dreieinheit der Staatswertentfaltung knüpft Wolf die Wertverschie-

1) Sax, aaO, S. 931.

2) Sax, aaO.

3) Smend, Verfassung und Verfassungsrecht, S. 82 ff; Erik Wolf, Festgabe für Frank, II, S. 521; ähnlich: Jellinek, Allgemeine Staatslehre, S. 255 ff.

4) Erik Wolf, aaO, S. 521 f.

denheit von Verwaltungsstrafrecht und Justizstrafrecht. "Der höchste Verwaltungswert, die Wohlfahrt, wird konstitutiver Grundwert des Verwaltungsstrafrechts; der höchste Justizwert, die Gerechtigkeit, wird konstitutiver Grundwert des Justizstrafrechts; der höchste Machtwert, die Autorität, begründet die Sphäre der Zwangs- (Exekutiv-)strafgewalt, die wiederum von den beiden anderen wert-(sinn-)verschieden ist." ¹⁾ Räumt ein Staat einem dieser drei Grundwerte den absoluten Vorrang vor den anderen Werten ein, so setzt er damit gleichzeitig dem Verhältnis von Kriminalstrafrecht und Verwaltungsstrafrecht entscheidende Akzente.

b) Ein Staat, der dem Wohlfahrtswert den obersten Rang der Staatswerte einräumt, ist ein Wohlfahrts- oder Polizeistaat. Historische Gestalt dieses Staatstypes im deutschen Staatsleben ist der Polizeistaat des 18. Jahrhunderts. Höchster Wert war diesem Staat die Wohlfahrtsidee ²⁾. Alles menschliche Verhalten wurde primär unter dem Gesichtspunkt der "Wohlfahrt" beurteilt.

Dementsprechend sah der aufgeklärte Polizeistaat primär die Förderung des Staatswohls als Aufgabe des gesamten Strafrechts an ³⁾. Bei einer derartigen Überlagerung des Rechtswertes durch den Wohlfahrtswert war für eine materielle Scheidung zwischen Polizeistrafrecht und Verwaltungsstrafrecht kein Raum. Das Strafrecht des aufgeklärten Polizeistaates war, weil es sich primär auf den Wohlfahrtswert ausrichtete, seinem Wesen nach in seiner Gesamtheit Verwaltungsstrafrecht mit einer nur technischen Arbeitsteilung zwischen Justiz und Verwaltung ⁴⁾.

c) Ein Staat, der dem Rechtswert den obersten Rang der Staatswerte einräumt, ist ein Rechtsstaat. Historische Gestalt dieses Staatstyps ist der liberale Rechtsstaat des 19. Jahrhunderts. Dieser sah als reiner Rechtsstaat seine eigentliche Aufgabe im Schutz bestehender Rechte. Der Gedanke einer umfangreichen Daseinsvorsorge war ihm ebenso fremd, wie der einer bis ins einzelne gehenden polizeilichen Kontrolle. Dieser Staat gewährte dem Staatsbürger einen mög-

1) Erik Wolf, aaO, S. 521 f.

2) Erik Wolf, aaO, S. 527: "Die Wohlfahrtsidee löste den Rechtsgedanken auf."

3) Goldschmidt, Verwaltungsstrafrecht, S. 77 ff; Erik Wolf, aaO.

4) Goldschmidt, aaO; Erik Wolf, aaO; Maurach, AT, § 1 III A 1; Lange, JZ 1956, S. 77.

licht großen Bereich freier Betätigung und beschränkte seine Tätigkeit auf den Schutz der Grundwerte der staatlichen Gemeinschaft. Als Aufgabe der Justiz konnte er deshalb nur den Rechtsschutz ansehen ¹⁾. Aus diesem Grunde mußte er die Sanktionen des Verwaltungsstrafrechts aus dem Bereich des allgemeinen Strafrechts verweisen und dieses auf den Rechtsschutz konzentrieren ²⁾.

d) Der Staat des Bonner Grundgesetzes räumt weder dem Rechtswert noch dem Wohlfahrtswert den absoluten Vorrang der Staatswerte ein. Er mißt beiden Werten Bedeutung bei. Der Staat des Bonner Grundgesetzes ist weder dem extremen Rechtsstaat des Hochliberalismus noch dem extremen Polizeistaat des 18. Jahrhunderts gleich. Er nimmt vielmehr als sozialer Rechtsstaat eine Mittelstellung zwischen diesen extremen Staatstypen ein. Er ist zwar Rechtsstaat, beschränkt jedoch seine Tätigkeit nicht wie der liberale Rechtsstaat allein auf den Schutz bestehender Rechte, sondern sieht als sozialer Rechtsstaat seine Aufgabe auch in der Förderung des allgemeinen Wohls, wie sie in der Gefahrenabwehr und durch die umfangreiche Tätigkeit der planenden, gewährenden, manchmal auch eingreifenden Daseinsvorsorge, der *institia distributiva*, zum Ausdruck kommt. Andererseits ist er zwar Sozialstaat, begreift aber seine Aufgabe nicht wie der Polizeistaat des 18. Jahrhunderts allein aus der Staatsraison, sondern auch aus der Sorge für das Recht des einzelnen Staatsbürgers; er begreift seine Aufgaben also auch von der Gerechtigkeit, d. h. von der Rechtsidee her.

Diese Mittelstellung zwischen dem liberalen Rechtsstaat und dem bloßen Wohlfahrtsstaat begründet für den sozialen Rechtsstaat die strukturelle Aufgliederung seiner Unrechtssanktionen. Als Rechtsstaat ist auch der soziale Rechtsstaat gehalten, die einfache Zuwiderhandlung gegenüber seinen Verwaltungsvorschriften einem anderen Sanktionssystem zuzuweisen als den Rechtsbruch. Als Sozialstaat mit seinen umfangreichen Aufgaben der Daseinsvorsorge, zu denen letztlich auch die sozial richtige Austeilung und Garantie von Rechtsgütern gehört, kann er mit dem strengen Entweder - Oder des Kriminalstrafrechts und des Ordnungswidrig-

1) Goldschmidt, aaO; Erik Wolf, aaO; Maurach, aaO; Lange, aaO.

2) Lange, aaO; Maurach, aaO; Michels, Strafbare Handlung, S. 26. Ein besonderes Verwaltungsstrafrecht konnte sich - im Hochliberalismus - angesichts der auf ein Mindestmaß reduzierten Sozialverwaltungstätigkeit nicht entwickeln. Jedoch verlangte später beim Zunehmen der Verwaltungstätigkeit das liberal-rechtsstaatliche Prinzip die Trennung von Kriminalstrafrecht und Verwaltungsstrafrecht.

keitenrechts nicht auskommen. Einerseits benötigt er, um besonders gravierenden Zuwiderhandlungen gegenüber seinen Verwaltungsanordnungen wirksam begegnen zu können, den Bereich eines Verwaltungsstrafrechts¹⁾. Wo der Ungehorsam gegenüber staatlichen Verwaltungsvorschriften durch seine objektiven Auswirkungen oder durch die subjektive Einstellung des Täters sozioethische Relevanz annimmt, wo die Zuwiderhandlung so gravierend wird, daß der einfache Ordnungsruf der Ordnungsstrafe - als ihm nicht äquivalentes Sanktionsmittel - wirkungslos bleiben muß, besteht für den sozialen Rechtsstaat ein Bedürfnis, das gravierende Mittel der Kriminalstrafe anzuwenden. Andererseits muß er, da er als sozialer Rechtsstaat das Fehlverhalten nicht streng einseitig nur unter dem Gesichtspunkt des Gemeinwohls oder nur unter dem Gesichtspunkt der Gerechtigkeit, sondern unter beiden Gesichtspunkten sieht, auch echt unwertiges, aber spezifisch auf einen engen Bereich beschränktes Verhalten als Ordnungswidrigkeit behandeln und mit Verwaltungsstrafen sanktionieren, wenn der sozioethische Unwert als solcher eine kriminelle Strafe nicht fordert, die Tat aber auf Grund ihrer Eigenschaft als Ordnungsverstoß einer staatlichen Sanktion bedarf.

Die strukturelle Aufgliederung der staatlichen Unrechtssanktionen in für Kriminalunrecht verhängte Kriminalstrafen, für Kriminalunrecht verhängte Verwaltungsstrafen, für Verwaltungsunrecht verhängte Kriminalstrafen und für Verwaltungsunrecht verhängte Verwaltungsstrafen findet ihre Begründung also in der staatsrechtlichen Grundkonzeption des sozialen Rechtsstaates.

8. KAPITEL

Kriminalstrafe und Verwaltungsstrafe

a) Eine Differenzierung von Kriminalstrafrecht und Verwaltungsstrafrecht ist unvollständig, solange sie lediglich die Unrechtskomplexe unterscheidet, ohne gleichzeitig die auf die verschiedenen Unrechtsarten hin ergehenden staatlichen Maßnahmen, nämlich die Kriminalstrafe einerseits und die Verwaltungsstrafe andererseits, die in der Form von Bußgeldbescheiden ergeht²⁾, gegeneinander abzugrenzen. Wie noch zu zeigen sein wird, ist namentlich unter dem Gesichtspunkt der Kompetenzen von Rechtsprechungs- und Verwaltungsorganen der Un-

1) Lange, JZ 1956, S. 77; Michels, Strafbare Handlung, S. 28.

2) § 48 OWiG.

terschied innerhalb der staatlichen unrechtsahndenden Maßnahmen von entscheidender Bedeutung ¹⁾.

Wenn die Frage nach einem wesentlichen Unterschied zwischen der Kriminalstrafe einerseits und der Verwaltungsstrafe andererseits gestellt wird, so kann die Antwort darauf jedenfalls nicht darin gesehen werden, daß die Kriminalstrafe von der Justiz, die Verwaltungsstrafe dagegen von der Verwaltung verhängt wird; das wäre eine rein formelle Unterscheidung. Eine wesentliche Differenz läßt sich nur materiell, d. h. im Wesen, im Sinn und Zweck, der staatlichen unrechtsahndenden Maßnahmen feststellen.

b) Eberhard Schmidt und Maurach sehen einen Unterschied zwischen der für Verwaltungsunrecht verhängten Geldbuße und der Kriminalstrafe darin, daß der Geldbuße die Strafqualität fehle ²⁾. Der Bußgeldbescheid sei lediglich "eine rückwirkend angewandte, rein zweckbedingte Zwangsmaßnahme zur Durchsetzung von Verwaltungsbefehlen" ³⁾. Bei der Verhängung der Geldbuße handele es sich also um die Ausübung von Verwaltungszwang, mit dem die Verwaltungsbehörden auf den verwaltungsmäßigen Ungehorsam ihrer "Hilfsorgane" reagierten, um diese durch scharfen Anruf ihren verwaltungsmäßigen Intentionen gefügig zu machen ⁴⁾.

Wäre diese Ansicht zutreffend, dann wäre die Verwaltungsstrafe in Wahrheit keine Strafe, sondern eine Beugemaßnahme; denn eine staatliche Unheilszufügung, die wegen eines unrechtmäßigen Verhaltens des von ihr Betroffenen ergeht, ist entweder Strafe, oder sie ist Beugemaßnahme.

Die Beugemaßnahme ergeht zur Brechung eines bestehenden gesetzeswidrigen Zustandes, zur Erzwingung eines normgerechten Verhaltens ⁵⁾. Sie will den Betroffenen zu einem ganz konkret bestimmten Tun oder Unterlassen zwingen, und ist auf die Durchsetzung von Ge- oder Verboten mit den Mitteln einer entsprechen-

1) s. u. S. 116 ff.

2) Eberhard Schmidt, Das neue westdeutsche Wirtschaftsstrafgesetz, S. 45 f; Maurach, AT, § 1 III B 3.

3) Maurach, aaO.

4) Eberhard Schmidt, aaO.

5) Vgl. insbesondere den Verwaltungszwang nach §§ 6 ff VwVG vom 27. 4. 1953 (BGBI I, S. 157).

den Vollstreckung gerichtet ¹⁾. Sie sagt: "Das sollst du tun (oder unterlassen)." ²⁾

Demgegenüber ist die Strafe eine rein repressive Maßnahme; nicht um den Betroffenen zur Aufgabe eines bestehenden rechtswidrigen Verhaltens zu zwingen, sondern weil er sich rechtswidrig verhalten hat, ergeht die Strafe. Sie sagt: "Das hättest du nicht tun (oder unterlassen) dürfen." ³⁾ Eine solche rein repressive Maßnahme mag Strafe, Sühne, Reugeld, Buße oder wie auch immer genannt werden; sie bleibt, solange sie Repression ist, Strafe für vorangegangenes unwürdiges Verhalten ⁴⁾.

Der Bußgeldbescheid hat zwar mit der Beugemaßnahme, insbesondere mit dem Zwangsgeld des § 11 VwVG, gemeinsame Elemente: Geldbuße und Zwangsgeld stellen eine "auf Wahrung von Verwaltungszwecken gerichtete Maßnahme von Verwaltungsbehörden und damit ein Verwaltungsmittel, um einem Gebot oder Verbot Achtung zu verschaffen", dar ⁵⁾; für beide Maßnahmen gilt der Opportunitätsgrundsatz ⁶⁾; sie werden in ähnlicher Weise vollstreckt ⁷⁾ und nicht ins Strafregister eingetragen. Jedoch unterscheidet sich die Geldbuße dadurch wesentlich von der Beugemaßnahme, daß sie nicht ergeht, um einen unrechtmäßigen Zustand zu beseitigen, sondern weil der Betroffene den Gesetzen zuwider gehandelt hat, d. h. um ein persönlich vorwerfbares Verhalten zu ahnden. Der Bußgeldbescheid ist also eine repressive Maßnahme und als solche - in diesem weit gefaßten Sinne - Strafe ⁸⁾.

1) Rotberg, Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, S. 27.

2) Patzig, VerwArch 1959, S. 364.

3) Patzig, aaO.

4) Bettermann, Folgenlose Verkehrsgefährdung, S. 208; Mezger, Niederschriften über die Große Strafrechtskommission, 1956, I, S. 86.

5) Patzig, aaO.

6) § 68 OWiG; § 16 VwVG.

7) § 7 OWiG; § 11 VwVG.

8) Bettermann, Folgenlose Verkehrsgefährdung, S. 208; Lerche, HdSW 11, S. 297; Michels, Strafbare Handlung, S. 30 ff; Patzig, aaO; Seumenicht, Die verwaltungsrechtliche Wesensart, S. 30; Jescheck, JZ 1959, S. 462; Schropp, Die Abgrenzung, S. 12 ff; Hamann, Grundgesetz, Art. 74 GG; H.J. Wolff, Verwaltungsrecht I, § 19 b 2; BGHSt 12, S. 148 ff (153); 13, S. 102 ff (110).

c) Aus dieser Erkenntnis, daß es sich beim Bußgeldbescheid um Strafe handelt, folgert Helmuth Mayer, die Geldbuße sei durch nichts zu unterscheiden von der Geldstrafe des Justizstrafrechts; sie sei eine Strafe wie jede andere Geldstrafe auch. Die Bezeichnung "Geldbuße" sei eine einfache "Umetikettierung", die über den Mangel jeglicher Differenzen gegenüber der Geldstrafe nicht hinwegzutäuschen vermöchte ¹⁾.

Wäre diese Behauptung zutreffend, so wäre allerdings Sinn und Bedeutung einer allgemeinen Differenzierung von Justizstrafrecht und Verwaltungsstrafrecht in Frage gestellt. Es ist daher zu überprüfen, ob sich Sinn und Zweck der Kriminalstrafe von der der Verwaltungsstrafe in wesentlichen Punkten differenzieren lassen.

Sinn und Zweck staatlichen Strafens ist seit jeher umstritten. Die absoluten Theorien sehen in der Strafe allein die gerechte Vergeltung für begangenes Unrecht. Die relativen Theorien sehen in ihr lediglich ein Mittel zur Verbrechensverhütung in der Form der Abschreckung (Generalprävention) und der Erziehung (Spezialprävention). Zwischen diesen extremen Theorien stehen die vermittelnden Meinungen. Diese sehen in der staatlichen Strafe die oben bezeichneten Elemente nicht alternativ, sondern kummulativ: Der Strafe ist sowohl der Gedanke der Vergeltung als auch der Gedanke der Generalprävention und der Spezialprävention wesentlich ²⁾. Dieser herrschenden "Vereinigungstheorie" folgend ist die Strafe als gerechte Vergeltung für ein rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten anzusehen, zu der die Beeinflussung des Verurteilten (Spezialprävention) und die Abschreckung Gleichgesinnter (Generalprävention) hinzutreten. Der Präventionsgedanke darf dabei nur in den Grenzen einer gerechten Vergeltung berücksichtigt werden ³⁾.

Unter dem Gedanken der Vergeltung scheidet sich die Kriminalstrafe deutlich von der Verwaltungsstrafe. Der Kriminalstrafe liegt ein Verhalten zugrunde, das sich gegen die Grundwerte des menschlichen Zusammenlebens richtet, und das wegen seines sozialetischen Unwertes einem sozialetischen Unwerturteil unterliegt.

1) Helmuth Mayer, Strafrecht, S. 47, 71.

2) Diese sogenannte Vereinigungstheorie ist heute allgemein herrschend: Schönke-Schröder, StGB, § 13 Vorbem. II; Baumann, Strafrecht, AT, S. 9, Kohlrausch-Lange, StGB, § 13, Vorbem. III; Maurach, AT, S. 62 ff; Jagusch, LK, § 13, Vorbem. II.

3) Maurach, aaO; Baumann, aaO, S. 10; BGHStE 1, S. 70; 2, S. 200; 3, S. 179; 7, S. 32, 89.

Dies sozialetische Unwerturteil ist einerseits auf die Tat, andererseits auf den Täter als Urheber des unwertigen Verhaltens gerichtet. Eine schuldgerechte Heranziehung des Täters muß daher ethisch bezogen sein. Aus diesem Grunde spricht die Kriminalstrafe ein sozialetisches Unwerturteil über Tat und Täter aus. Sie fordert in erster Linie Sühne für ein persönlich vorwerfbares Verhalten. Sühne ist die "angestrebte Anerkennung und Auswirkung des Strafübels auf die Seele des Täters" ¹⁾. Der Täter soll durch "sittliches" Erlebnis die Strafe innerlich annehmen, um die durch den Schuldvorwurf begründete ethische Belastung zu tilgen ²⁾. Sühne ist also der Ausgleich ethisch negativen Verhaltens durch einen ethisch positiven Akt, der in der Anerkennung der ethischen Wertordnung durch die Anerkennung der Strafe liegt ³⁾.

Dieser Gedanke der Sühne fehlt der Verwaltungsstrafe. Der Verwaltungsstrafe liegt ein Verhalten zugrunde, das sich nicht gegen die Grundwerte der sozial-ethischen Wertordnung, sondern lediglich gegen die verwaltungstechnisch vorgezeichnete Ordnung richtet. Dem Täter wird deshalb, wie das Bundesverfassungsgericht ausführt, nicht die Auflehnung gegen die Rechtsordnung "in einem grundsätzlichen, mit fehlerhafter Persönlichkeitsbildung zusammenhängenden Sinne" zur Last gelegt, sondern lediglich "ein Zurückbleiben hinter den Anforderungen der Verwaltung" ⁴⁾. Seinem Verhalten fehlt der unabhängig von der gesetzlichen Regelung bestehende sozialetische Unwert; ein echtes sozial-ethisches Unwerturteil über Tat und Täter entsteht also nicht. Der schuldgerechten strafenden Heranziehung des Täters fehlt daher der Ausspruch eines sozial-ethischen Unwerturteils. Ihr fehlt der in jeder echten Kriminalstrafe enthaltene Ausspruch sozial-ethischen Täterunwerts ⁵⁾. Die Verwaltungsstrafe hat, wie Eberhard Schmidt sagt, "keinen ethischen Gehalt und keinen ethischen Beziehungsgegenstand" ⁶⁾. Es fehlt ihr das sittliche Moment ⁷⁾. Mit ihm entfällt

-
- 1) Salzmann, Die beschleunigte Ahndung, S. 42.
 - 2) Eberhard Schmidt, Das neue westdeutsche Wirtschaftsstrafgesetz, S. 45.
 - 3) Daß der Gedanke der Sühne auch dort am Platze ist, wo dieser Akt der Straferkennung nicht vollzogen wird, beweist Eberhard Schmidt, Beitr. z. ö.R. 1950, S. 90.
 - 4) BVerfG in NJW 1959, S. 619.
 - 5) Maurach, AT, § 1 III B 3; Wimmer, Fahrlässige Verletzung, S. 12.
 - 6) Eberhard Schmidt, Strafrecht und Disziplinarrecht, S. 873.
 - 7) Goldschmidt, Festgabe für Koch, S. 422 ff; Schönke-Schröder, StGB, § 13 Vorbem. III; Jagusch, LK, § 13 Vorbem. IV 1.

auch der Gedanke der Sühne ¹⁾; denn der Schuldvorwurf richtet sich lediglich auf die mangelnde Einordnung in eine vom verwaltenden Staat gesetzte, nicht auf präexistentem Unwerturteil beruhende Ordnung. Er "erreicht nicht die Sphäre des Ethischen" ²⁾. Eine ethische Belastung, die auszugleichen wäre, entsteht also nicht. Was übrig bleibt, ist der Gedanke der Spezial- und der Generalprävention ³⁾, d. h. der Gedanke der Erziehung, wie er immer wieder in der Verwendung der Ausdrücke "scharfe Pflichtenmahnung", "Mahnruf", "Ordnungsruf", oder "Pflichtenappell" in der Literatur auftaucht ⁴⁾, und der Abschreckung, wie er sicher in gewissem Umfange vorhanden ist. Die Geldbuße soll den Betroffenen zur Ordnung rufen. Sie soll ihm die verletzte Norm vor Augen führen und ihn von weiteren Verstößen abhalten. Sie ist ein Verwaltungsmittel, das einem ordnungsschaffenden oder -erhaltenden Gebot oder Verbot Achtung verschafft ⁵⁾.

Weil der Verwaltungsstrafe das sittliche Pathos des sozialetischen Unwerturteils über den Täter fehlt, ist ihr die diffamierende Wirkung der Kriminalstrafe genommen. Sie wird nicht ins Strafregister eingetragen ⁶⁾; im Falle der Nichtbeitreibbarkeit des Bußgeldbetrages darf sie nicht in eine Ersatzfreiheitsstrafe umgewandelt werden ⁷⁾.

Es bleibt also festzuhalten, daß die Verwaltungsstrafe zwar eine Strafe, aber doch eine von der Justizstrafe in wesentlichen Punkten unterschiedene Strafe ist. Die Bezeichnung "Geldbuße" ist also nicht lediglich eine "Umetikettierung" einer der von den Gerichten verhängten Geldstrafe vollkommen gleichen Unrechtsahndung, sie steht vielmehr für einen eigenen Begriff der Unrechtssanktion.

-
- 1) Eberhard Schmidt, aaO; SJZ 1948, Sp. 235; Maurach, AT, § 1 III B 3; Wimmer, Folgenlose Verkehrsgefährdung, S. 215; Rotberg, Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, S. 27; einschränkend: Lerche, HdSW 11, S. 279.
 - 2) BVerfGE 9, S. 171.
 - 3) Wimmer, aaO.
 - 4) Vgl. Maurach, aaO; Rotberg, aaO; Eberhard Schmidt, aaO; Patzig, Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, S. 12; BVerfGE, aaO.
 - 5) Erik Wolf, Die Stellung, S. 585 ff.
 - 6) Rotberg, aaO, S. 28.
 - 7) § 69 OWiG; Es kommt nur Erzwingungshaft in Betracht.

C. ZWEITER HAUPTTEIL:

DIE STRASSENVERKEHRSDELIKTE ALS STRAFTATEN UND ORDNUNGSWIDRIGKEITEN

1. KAPITEL

Einführung in die Problemstellung

Im Jahre 1957 empfahl eine vom Straßenverkehrssicherheitsausschuß eingesetzte, aus Vertretern der Bundes- und Landesministerien für Wirtschaft, Verkehr und Innere Angelegenheiten bestehende Kommission ¹⁾ sämtliche Übertretungstatbestände der auf Grund der Straßenverkehrsgesetze erlassenen Rechtsverordnungen, also insbesondere diejenigen der StVO und der StVZO, auf Ordnungswidrigkeiten umzustellen, mit Ausnahme des Fahrens unter Alkoholeinwirkung, das auch ohne die Voraussetzungen des § 315 a StGB in der Fassung vom 19. 12. 1952 zum Vergehen aufgewertet werden sollte ²⁾.

Diese Empfehlung löste in der Literatur eine lebhafte, die differenziertesten Ansichten enthaltende Diskussion über die Frage aus, ob und in welchem Umfang die Straßenverkehrsdelikte aus dem Komplex des kriminellen Strafrechts auszugliedern und dem des Verwaltungsstrafrechts in der Form von Ordnungs-

1) Siehe dazu den Bericht von Schicker, DVBl 1959, S. 158.

2) § 315 a StGB in der Fassung vom 19. 12. 1952 traf für das Fahren unter Alkoholeinwirkung folgende Regelung:

'Wer die Sicherheit des Straßenverkehrs dadurch beeinträchtigt, daß er ein Fahrzeug führt, obwohl er infolge des Genusses geistiger Getränke oder anderer berauschender Mittel nicht in der Lage ist, das Fahrzeug zu führen und dadurch eine Gemeingefahr (§ 315 Nr. 3) herbeiführt, wird mit Gefängnis bestraft.'

Der Empfehlung der Straßenverkehrskommission entsprechend verzichtete der Gesetzgeber im Rahmen der Neufassung der §§ 315; 316 StGB im Zweiten Gesetz zur Sicherung des Straßenverkehrs vom 26. 11. 1964 (BGBl. I, S. 921) in § 316 StGB auf die konkrete Gefahrverursachung als Strafbarkeitsvoraussetzung der Trunkenheit im Straßenverkehr.

widrigkeiten einzugliedern seien ¹⁾. Diese Diskussion erstreckt sich nicht auf die mit Tötung oder Körperverletzung verbundenen Verkehrsdelikte, da diese echtes Kriminalunrecht enthalten, Vergehen sind und auch bleiben müssen ²⁾. Dasselbe gilt für die im Straßenverkehr vorgenommene vorsätzliche Sachbeschädigung, die nach § 303 StGB zu Recht Vergehen ist ³⁾.

Gegenstand einer solchen Diskussion sind im Rahmen der gesamten Verkehrsdelikte vor allem die Übertretungstatbestände. Für diese besteht, da sie bei einer dem derzeitigen Entwurf eines neuen Strafgesetzbuches entsprechenden Gesetzesänderung entweder zu Vergehen aufgewertet oder zu Ordnungswidrigkeiten umgewertet werden sollen ⁴⁾, die besondere Notwendigkeit einer solchen Diskussion.

Die Frage ist, ob und in welchem Maße die Straßenverkehrsdelikte in den Bereich des Kriminalstrafrechts, der sich bei Auflösung des Komplexes der Übertretungen lediglich aus Verbrechen und Vergehen zusammensetzt, oder in den Bereich des Verwaltungsstrafrechts gehören. Dabei kann es nicht darum gehen, die Ahndung der bereits erwähnten, mit vorsätzlicher und fahrlässiger Tötung oder Körperverletzung anderer oder mit vorsätzlicher Beschädigung fremder Sachwerte verbun-

-
- 1) Vgl. u. a.: Cordier, NJW 1959, S. 2151; NJW 1961, S. 393; Wimmer, Fahrlässige Verletzung; DAR 1957, S. 170; DAR 1958, S. 145; Lichti, DAR 1960, S. 341; Lackner, DAR 1960, S. 309; Bockelmann, DAR 1961, S. 181; Schicker, DVBl 1959, S. 158; Middendorff, Kriminologie 1961, S. 285; Mayer-Jacobi-Stiefel, Typische Unfallursachen, Bd. III, S. 105 ff; Folgenlose Verkehrsgefährdung als Massenerscheinung, eine Veröffentlichung des Kuratoriums "Wir und die Straße".
 - 2) Schicker, aaO.
 - 3) Diese ist als vorsätzliche Schädigung kein typisches Verkehrsdelikt. Das typische Verkehrsdelikt führt Schaden nur fahrlässig herbei.
 - 4) E 1962, zu § 12: "Der Entwurf gibt die bisherige Dreiteilung der Delikte zugunsten einer Zweiteilung in Verbrechen und Vergehen auf. Die Gruppe der Übertretungen kennt der Entwurf aus den in der allgemeinen Einleitung unter B I aufgeführten Gründen nicht mehr." E 1962, Einleitung B I: "Hiergegen hält der Entwurf die noch im geltenden Recht bestehenden Übertretungen für entbehrlich, nachdem durch das Ordnungswidrigkeitengesetz Verstöße nicht krimineller Art aus dem Strafrecht ausgeschieden worden sind. Soweit die bisherigen Übertretungen kriminellen Gehalt aufweisen, können sie in die Gruppe der Vergehen einbezogen werden."

denen Verkehrsdelikte auf die Möglichkeit ihrer Einordnung in das Sanktionssystem des Verwaltungsstrafrechts hin zu überprüfen. Diese Delikte sind auf Grund allgemeiner, nicht speziell auf den Straßenverkehr bezogener Kriterien, d. h. auf Grund ihrer generellen kriminellen Strafwürdigkeit als Tötung, als Körperverletzung oder als vorsätzliche Sachbeschädigung, Vergehen des Kriminalstrafrechts. Sie gehören als Verletzungen von Leib und Leben anderer und als vorsätzliche Sachbeschädigungen unstreitig in den Kernbereich echten Kriminalstrafrechts. Die nachfolgenden Untersuchungen beziehen sich daher lediglich auf die Übertretungen des Straßenverkehrs und die Vergehen der §§ 315 b bis 316 StGB unter der §§ 23 bis 26 StVG. Die Vergehen der §§ 315 b bis 316 StGB und der §§ 23 bis 26 StVG brauchen nicht primär besprochen zu werden; ihre Standortbestimmung ergibt sich, wie noch zu zeigen sein wird, aus der strukturellen und rechtsfolgemäßig-formellen Untersuchung und Differenzierung der Übertretungstatbestände des Straßenverkehrs.

2. KAPITEL

Strukturelle Differenzierung von Kriminalunrecht und Verwaltungsunrecht im Bereich der Straßenverkehrsübertretungen

Mißt man die Übertretungen des Straßenverkehrs an den im ersten Teil dieser Abhandlung gefundenen Kriterien der Abgrenzung von Kriminalunrecht und Verwaltungsunrecht, so ergibt sich, daß diese Übertretungen eine bunte Mischung beider Unrechtsbereiche bilden.

1) DIE WEDER SCHÄDIGENDE NOCH KONKRET GEFÄHRDENDE VERKEHRSÜBERTRETUNG

Die weder schädigende noch konkret gefährdende Straßenverkehrsübertretung ist, abgesehen von den wenigen, im Abschnitt 1 c dieses Kapitels beschriebenen Ausnahmen, gemessen an den Kriterien des Rechtsgüterangriffs einerseits und des sozialetischen Unwerts des Verhaltens andererseits strukturell Verwaltungsunrecht.

a) Diese Feststellung bedarf keiner ins einzelne gehenden Erläuterungen, soweit es sich um Verkehrsübertretungen handelt, die in keinem denkbaren Fall

zu einer Gefährdung von Rechtsgütern führen können, wie z. B. das Nicht-bei-sich-Führen des Führerscheines oder das Nicht-Beleuchten des Kraftfahrzeugkennzeichens bei Dunkelheit, wenn die übrige Beleuchtung intakt ist. Diese Verhaltensweisen beeinträchtigen allenfalls die Tätigkeit der Verwaltung. Sie enthalten niemals einen Rechtsgüterangriff und unterliegen einem echten, unabhängig von den gesetzlichen Verbots- und Strafbestimmungen bestehenden Unwerturteil nicht. Sie sind typisches Verwaltungsunrecht ¹⁾.

b) Aber auch die abstrakt gefährlichen Verkehrsübertretungen gehören, von den unter 1 c dieses Kapitels beschriebenen Ausnahmen abgesehen, strukturell dem Verwaltungsunrecht an. Es handelt sich hier um die Masse derjenigen Verkehrsübertretungen, die zwar in concreto eine Gefährdung anderer nicht verursacht haben, die aber bei Hinzukommen gewisser Umstände eine konkrete Gefährdung enthalten können, wie z. B. das Benutzen der linken Fahrbahn oder das Abbiegen ohne Richtungsanzeige.

Diese Delikte sind nicht, wie Lichti und Cordier behaupten ²⁾, in ihrer Allgemeinheit abstrakte Gefährdungsdelikte kriminellen Charakters. Sie unterscheiden sich von den abstrakten Gefährdungsdelikten kriminellen Charakters sowohl unter dem Gesichtspunkt der Gefährlichkeit als auch unter dem Gesichtspunkt des Unwertes des Verhaltens. ³⁾

Die abstrakt gefährlichen Verkehrsübertretungen sind in ihrer Allgemeinheit weiter vom fremden Rechtsgut entfernt als die abstrakten Gefährdungsdelikte des Kriminalstrafrechts. Durch die Brandstiftung des § 306 StGB z. B. wird eine so große Wahrscheinlichkeit für den Eintritt einer Verletzung oder einer konkreten Gefährdung von Gütern anderer gesetzt, daß hier mit einer gewissen Berechtigung von einem "verkappten konkreten Gefährdungsdelikte", bei dem der Eintritt einer konkreten Gefahr gesetzlich "unwiderleglich vermutet wird", gesprochen werden kann ⁴⁾. Bei den abstrakt gefährlichen Verkehrsübertretungen in ihrer Allgemeinheit von einer "verkappten konkreten Gefährdung" oder von einer gesetzlich un-

1) Cordier, NJW 1959, S. 2151, hält diese Art von Verkehrsübertretungen für die einzige, die sich in das Ordnungswidrigkeitenrecht überführen läßt.

2) Lichti, DAR 1960, S. 341 f; Cordier, NJW 1959, S. 2151.

3) Baumann, Folgenlose Verkehrsgefährdung, S. 174 f; OLG Stuttgart, NJW 1956, S. 745 ff (747).

4) Frank, Studien, S. 18, 20; Umhauer, Ein Beitrag, S. 54.

widerleglich vermuteten konkreten Gefährdung anderer zu sprechen, erscheint verfehlt. Wer, um bei den genannten Beispielen zu bleiben, auf freier und übersichtlicher Straße über den Mittelstreifen hinaus die linke Fahrbahn mitbenutzt, und wer in freier und übersichtlicher Kurve die Richtungsänderungsanzeige unterläßt, begeht keine "gesetzlich unwiderleglich vermutete" konkrete Gefährdung, sondern er fügt sich in die äußere verwaltungstechnisch vorgezeichnete Ordnung nicht ein. Sämtliche, die Möglichkeit eines Gefahreneintritts abstrakt in sich bergenden Verkehrsübertretungen verlaufen, wie Baumann annimmt, in ihrer weit- aus überwiegenden Zahl gefahrenfrei ¹⁾. Es handelt sich hier um Verstöße gegen eine gesetzliche, verwaltungstechnisch vorgezeichnete Ordnung, welche ihrerseits um des Schutzes allgemein anerkannter Güter willen vom Staate gesetzt worden ist. Mit Recht zählt Lackner sie daher zu den "abstrakten Gefährdungstatbeständen der untersten Stufe", die vom Gesetzgeber im Rahmen der Trennung des Verwaltungsstrafrechts vom Kriminalstrafrecht in den letzten fünfzehn Jahren konsequent aus dem Bereich des Kriminalstrafrechts ausgeschieden worden sind ²⁾.

Unter dem Gesichtspunkt ihres sozialetischen Unwerts unterscheiden sich die abstrakt gefährlichen Straßenverkehrsübertretungen in ihrer Allgemeinheit deutlich von den abstrakten Gefährdungsdelikten kriminellen Charakters. Während die abstrakten Gefährdungsdelikte kriminellen Charakters, wie Brandstiftung und Brunnenvergiftung, einem echten, unabhängig vom Bestand einer sie verbietenden und unter Strafe stellenden Normativierung, der gesetzlichen Regelung präexistenten, sozialetischen Unwerturteil unterliegen, ist das bei den abstrakt gefährlichen Verkehrsübertretungen in ihrer Allgemeinheit nicht der Fall. Bei diesen handelt es sich um Verhaltensweisen im vorrechtlich wertfreien Raum, die vom Staat im Zuge der ordnenden Regelung des Straßenverkehrs unter Verbot und Strafe gestellt worden sind. Das gesetzliche Verbot knüpft im Bereich der lediglich abstrakt gefährlichen Verkehrsübertretungen nicht an ein ihm präexistentes Unwerturteil an, sondern ist Bestandteil der auf der Grundlage von Zweckmäßigkeitserwägungen geschaffenen Ordnung des Verkehrswesens. Mit Recht sagt Mittelbach: "Die Verkehrsübertretungstatbestände sind alle zeitlich bedingte und den jeweiligen Verhältnissen angepasste Sicherungsanordnungen der Staatsverwaltung. Es handelt sich generell um Verhaltensweisen, die gleichsam sozialetisch vorgegeben sind." ³⁾ Soweit ein sozialetisches Unwerturteil im Bereich der lediglich

1) Baumann, Folgenlose Verkehrsgefährdung, S. 175.

2) Lackner, Deutscher Bundestag, 4. Wahlp., Unterausschuß Strafrecht des Rechtsausschusses, 8. Sitzung, 28.11.1963.

3) Mittelbach, MDR 1958, S. 66.

abstrakt gefährlichen Verkehrsübertretungen überhaupt besteht, ist es - anders als beim Kriminalunrecht - vom gesetzlichen Verbot abhängig. Wer z.B. auf freier und übersichtlicher Straße die linke Fahrbahn benutzt, wer in freier und übersichtlicher Kurve die Richtungsänderungsanzeige unterläßt, unterliegt schon bei der derzeitigen gesetzlichen Regelung keinem echten Unwerturteil, und würde bei Wegfall der betreffenden gesetzlichen Bestimmungen mit keinerlei Unwerturteil zu rechnen haben. Diese Verhaltensweisen gehören mangels eines vom gesetzlichen Verbot unabhängigen Unwerturteils über Tat und Täter nicht in den Bereich des kriminellen Unrechts ¹⁾.

c) Die grundsätzliche Einordnung der abstrakt gefährlichen Verkehrsübertretungen in den Bereich des Verwaltungsunrechts steht der Schaffung einiger weniger, genau zu fixierender abstrakter Gefährdungstatbestände kriminellen Charakters im Bereiche der de lege lata als Übertretungen ausgewiesenen Verkehrsverstöße nicht im Wege.

Unterscheidet sich die Masse der abstrakt gefährlichen Verkehrsübertretungen unter den Gesichtspunkten des Rechtsgüterangriffs und des Tat- und Täterunwertes von den abstrakten Gefährdungsdelikten des Kriminalunrechts, so gibt es doch einige wenige abstrakt gefährliche Verkehrsübertretungen, die gemessen an den genannten Kriterien dem Kriminalunrecht gleichwertig sind. Als solche dem Kriminalunrecht gleichwertige Verhaltensweisen erscheinen die abstrakt höchst gefährlichen Verkehrsübertretungen, die eine besonders hohe Wahrscheinlichkeit für den Eintritt einer Schädigung anderer enthalten. Dies läßt sich für tatbestandsmäßig allgemein abstrakt bestimmtes Verhalten generell nur in solchen Fällen feststellen, in denen der Täter mit einem Gefahreintritt rechnen muß und die konkrete Gefahrlosigkeit seines Verhaltens vorherzusehen nicht in der Lage

1) Lackner, Folgenlose Verkehrsgefährdung, S. 158; DAR 1958, S. 294; Baumann, Folgenlose Verkehrsgefährdung, S. 177, 179; Mayer-Jacobi, Typische Unfallursachen, Bd. III, S. 105 ff; letztere weisen außerdem darauf hin, daß es kriminalpolitisch nicht notwendig sei, im Bereich der folgenlosen Verkehrsübertretungen kriminell zu strafen; hier genüge der einfache Ordnungsruf der Ordnungsstrafe, da es sich hier zu allermeist um einfaches menschliches Versagen handle. Kriminalpolitisch komme es nicht darauf an, schwer zu strafen, sondern darauf, dieses Unrecht in möglichst großer Breite zu verhindern. Ähnlich: Wimmer, DAR 1957, S. 170 ff; Salzmann, Die beschleunigte Ahndung, S. 45 Anm. 199.

ist ¹⁾. Hierher gehört z.B. sowohl das Schneiden nicht übersehbarer Kurven und das Überholen in einer schmalen nicht zu übersehenden Kurve oder vor einer Bergkuppe als auch das Fahren eines Fahrzeuges unter zu hoher Alkoholeinwirkung im Straßenverkehr. Taucht in diesen Fällen ein Gefährdungspartner auf, so ist die konkrete Gefährdung von vornherein schuldeinbezogener Umstand; taucht er nicht auf, so ist die konkrete Gefahrlosigkeit dem Täter nicht als Verdienst zuzurechnen ²⁾. Diese Verhaltensweisen unterscheiden sich deutlich von der Masse der abstrakt gefährlichen Verkehrsübertretungen. Sie sind auf Grund der Tatsache, daß die konkrete Schadensfreiheit hier in keinem Fall vorhersehbar und damit nicht auf die Umsicht des Verkehrsteilnehmers zurückzuführen, sondern allein eine Folge des Zufalls ist, weitaus gefährlicher als die Masse der abstrakt gefährlichen Verkehrsübertretungen. Ein Erfassen dieser Delikte als "verkappte konkrete Gefährdungsdelikte", bei denen die konkrete Gefährdung "gesetzlich präsumiert" würde ³⁾, hätte angesichts der besonderen Gefahrenhöhe ihre Berechtigung.

Diese Verhaltensweisen unterliegen einem echten sozialetischen Unwerturteil ⁴⁾. Sie sind wegen der Höhe der Gefahr für allgemein anerkannte Werte unabhängig vom Bestand der betreffenden gesetzlichen Gebote und Verbote sozialetisch unwertig. Auch bei Wegfall der entsprechenden gesetzlichen Gebote und Verbote würde derjenige, der eine unübersehbare Kurve schneidet, oder derjenige, der unter zu hoher Alkoholeinwirkung im Straßenverkehr ein Fahrzeug führt, als unwertig angesehen werden. Diese höchst gefährlichen Verkehrsübertretungen gehören also strukturell sowohl zufolge ihrer besonderen Gefährlichkeit als auch auf Grund ihres besonderen Unwertes in den Bereich der abstrakten Gefährdungsdelikte kriminellen Charakters.

-
- 1) Zu ähnlichen Ergebnissen kommt - von grundsätzlich entgegengesetzter Einstellung ausgehend - Salzmann, aaO, S. 44 ff, der zwar die abstrakt gefährlichen Verkehrsübertretungen grundsätzlich als Kriminalunrecht ansieht, jedoch diejenigen abstrakt gefährlichen Verkehrsübertretungen, die für den Kraftfahrer erkennbar eine konkrete Gefährdung nicht enthalten, als Ordnungsrecht begreift (S. 45 Anm. 199).
 - 2) Wimmer, DAR 1957, S. 171. Wimmer bezeichnet diese Delikte als "konkret gefährliche (nicht konkret gefährdende) Verstöße".
 - 3) Frank, aaO; Umhauer, Ein Beitrag, S. 54.
 - 4) Wimmer, DAR 1957, S. 171; Baumann, Folgenlose Verkehrsgefährdung, S. 175.

2) DIE SCHÄDIGENDEN UND DIE KONKRET GEFÄHRDENDEN VERKEHRSÜBERTRETUNGEN

Die schädigende und die konkret gefährdende Straßenverkehrsübertretung ist im Gegensatz zu der schadensfolgenfreien und konkret ungefährlichen Verkehrsübertretung strukturell Kriminalunrecht.

Bei der schädigenden Verkehrsübertretung kommt als Schädigung, wie bereits erwähnt wurde, lediglich die fahrlässige Sachbeschädigung in Betracht, da die vorsätzliche und die fahrlässige Tötung und Körperverletzung sowie die vorsätzliche Sachbeschädigung auch als Delikt des Straßenverkehrs zu Recht Vergehen des Kriminalstrafrechts ist ¹⁾. Nicht nur die vorsätzliche Sachbeschädigung ist echtes Kriminalunrecht, sondern auch die fahrlässige Sachbeschädigung. Die Beschädigung dem Schädiger nicht gehörender Sachen, sei sie vorsätzlich oder fahrlässig, ist sozialetisch unwertig. Wer fremde Sachen beschädigt oder zerstört, unterliegt einem, unabhängig von einer gesetzlichen verbotenden oder Unheilsfolgen androhenden Norm bestehenden, allgemeinen sozialetischen Unwerturteil ²⁾. Die fahrlässige Sachbeschädigung gehört damit strukturell in den Bereich des kriminellen Unrechts. Das gleiche gilt für die konkrete Gefährdung anderer. Die konkrete Gefährdung von Leib, Leben und Sachwerten anderer unterliegt einem sozialetischen Unwerturteil ³⁾, das nach allgemeinen Rechtsmaßstäben a priori gegeben ist. Sozialetisch unwertig ist nicht allein die Verletzung dieser Güter, sondern auch die Herbeiführung einer Situation, die in concreto eine große Wahrscheinlichkeit für den Eintritt einer Verletzung, d. h. eine Gefährdung, in sich birgt ⁴⁾.

1) siehe oben S. 51 ff.

2) Wimmer, DAR 1957, S. 170; DAR 1958, S. 145; Baumann, Folgenlose Verkehrsgefährdung, S. 179; Cordier, NJW 1959, S. 2151.

3) Wimmer, DAR 1957, S. 170; DAR 1958, S. 145; Cordier, NJW 1959, S. 2151; Salzmann, aaO, S. 44; Baumann, Folgenlose Verkehrsgefährdung, S. 178; ebenso die Straßenverkehrskommission von 1957, vgl. Schicker, DVBl 1959, S. 158 ff.

4) Zum Problem der Abgrenzung der normalen, in der Natur des Straßenverkehrs liegenden, von der zu mißbilligenden Gefährdung im Straßenverkehr, welche allein als unwertig angesehen werden kann, kann hier wegen der besonderen, den Rahmen dieser Arbeit überschreitenden Problematik nicht näher Stellung genommen werden. Vgl. dazu Wimmer, Fahrlässige Verletzung, S. 24 ff.

Da sowohl die fahrlässige Sachbeschädigung als auch die konkrete Gefährdung im Straßenverkehr durch § 1 StVO selbständig unter Strafe gestellt worden ist, sind die fahrlässig fremde Sachwerte beschädigenden und die gefährdenden Verkehrsübertretungen Delikte kriminellen Charakters. Es handelt sich hier also nicht um Verwaltungsunrecht, das lediglich in seinen objektiven Auswirkungen sozial-ethischen Unwert erreicht, sondern, weil Essentiale der Strafanknüpfung sozial-ethisch a priori unwürdiges Verhalten ist, strukturell um Kriminalunrecht ¹⁾.

3) DIE UNFALLTRÄCHTIGEN VERKEHRSÜBERTRETUNGEN

Obwohl die Straßenverkehrsübertretungen in ihrer Gesamtheit durch die beiden oben behandelten Gruppen der nicht gefährdenden und der schadensfolgenfreien Übertretungen einerseits und der konkret gefährdenden und schädigenden Verkehrsübertretungen andererseits bereits erfaßt sind, ist noch eine dritte Gruppe, die allerdings nicht im Verhältnis der Alternativität zu den beiden oben behandelten Gruppen steht, sondern sich aus Delikten beider Gruppen zusammensetzt, unter dem Gesichtspunkt der Unrechtsstruktur zu besprechen. Es handelt sich bei dieser Gruppe um die sogenannten unfallträchtigen Verkehrsübertretungen.

Nach einer Untersuchung von Mayer und Jacobi ²⁾ sind 80 - 90% aller Straßenverkehrsunfälle auf eine verhältnismäßig geringe Anzahl von verkehrswidrigen Verhaltensweisen zurückzuführen, für welche Mayer und Jacobi den einprägsamen Ausdruck des "unfallträchtigen Verkehrsverhaltens" geschaffen haben. Dabei handelt es sich um folgende Fehlverhaltensweisen:

1. Fehler beim Rückwärtsfahren,
2. Fehler bei der Richtungsänderung,
3. Verletzung der Vorfahrt,
4. Nicht-Einhalten des Sicherheitsabstandes zum Vordermann,
5. Falsches Überholen,
6. Verstöße gegen das Rechtsfahrgebot,
7. Überschreiten der zulässigen Geschwindigkeit ³⁾.

1) Cordier, NJW 1959, S. 2151; Bockelmann, DAR 1961, S. 187; Salzmann, aaO, S. 44; Baumann, Folgenlose Verkehrsgefährdung, S. 179.

2) Mayer-Jacobi, Typische Unfallursachen im Deutschen Straßenverkehr.

3) Mayer-Jacobi, aaO, Bd. I, S. 9.

Diese Fehlverhaltensweisen werden häufig, auch wenn sie zu Schadensfolgen oder zu einer konkreten Gefährdung nicht geführt haben, ihrer - abstrakt gesehen - hohen Schadensfolgenzahl wegen pauschal als Kriminalunrecht angesehen ¹⁾.

Es erscheint allerdings wenig einleuchtend, die sogenannten unfallträchtigen den übrigen Verkehrsübertretungen als materiell von ihnen verschieden gegenüberzustellen ²⁾. Mit Recht bringt Bettermann gegen diese Unterscheidung vor, beide Unrechtsarten ließen sich nicht an einem unterschiedlichen Unrechtsgehalt differenzieren. Der Gesetzgeber habe, bezogen auf den Straßenverkehr, nur solche Dinge verboten, von denen er annehme, daß sie dem Gemeingebrauch entgegenstünden, und solche Verhaltensweisen, von denen er mutmaße, daß sie gefahrenträchtig seien ³⁾. Als unfall- bzw. gefahrenträchtig seien daher nicht lediglich die von Mayer und Jacobi bezeichneten, sondern sämtliche abstrakt gefährlichen und konkret gefährdenden Verkehrsübertretungen anzusehen. Soweit es sich bei den unfallträchtigen Verkehrsübertretungen im Sinne der Definition von Mayer und Jacobi lediglich um abstrakt gefährliches Verhalten handelt, kann nichts anderes gelten, als bereits oben allgemein zu den lediglich abstrakt gefährlichen Verkehrsübertretungen gesagt wurde. ⁴⁾ Wer auf übersichtlicher und freier Straße vor dem Abbiegen das Blinklicht nicht einschaltet (Fehler bei der Richtungsänderung), wer auf übersichtlicher und freier Straße links fährt (Verstoß gegen das Rechtsfahrgebot), wer unter ähnlichen Bedingungen innerhalb einer Ortschaft mit einer Geschwindigkeit von 60 km/st fährt (Überschreiten der zulässigen Geschwindigkeit), verstößt lediglich gegen die staatlichen, im Interesse der Ordnung gesetzten Ge- und Verbote, ohne deswegen ein echtes Unwerturteil über Tat und Täter hervorzurufen. Solche Verhaltensweisen sind einfaches Verwaltungsunrecht ⁵⁾.

Die von Mayer und Jacobi genannten abstrakt gefährlichen Verhaltensweisen sind in ihrer Allgemeinheit nicht derart gefährlich, daß sie den abstrakten Gefährdungsdelikten kriminellen Charakters zugeordnet werden könnten. Nur wenn man, wie es oben für die abstrakt gefährlichen Verkehrsdelikte allgemein vor-

1) Salzmann, aaO; Cordier, aaO; Bockelmann, DAR 1961, S. 178.

2) Bettermann, Folgenlose Verkehrsgefährdung, S. 203; Baumann, Folgenlose Verkehrsgefährdung, S. 174.

3) Bettermann, aaO, S. 204.

4) Vgl. oben S. 53 f; siehe auch Baumann, aaO.

5) Lackner, DAR 1960, S. 309; Göppinger, NJW 1959, S. 2282; Mayer-Jacobi, aaO, Bd. III, S. 105; Salzmann, aaO, S. 45 Anm. 199.

geschlagen ist ¹⁾, ganz bestimmte, besonders gefährliche Situationen erfaßt, läßt sich für diese aufgrund ihrer besonderen Gefährlichkeit und des daraus entstehenden echten soziaethischen Unwerts des Verhaltens von einer abstrakten Gefährdung kriminellen Charakters sprechen.

Soweit die sogenannten unfallträchtigen Verkehrsübertretungen begrifflich konkret gefährden, wie es beim Nicht-Einhalten des Sicherheitsabstandes zum Vordermann der Fall ist, kann auf das oben allgemein zu den gefährdenden Verkehrsübertretungen Gesagte verwiesen werden ²⁾. Hier handelt es sich um strukturell zum Kriminalunrecht gehörendes Verhalten.

3. KAPITEL

Rechtsfolgemäßige Erfassung der Verkehrsübertretungen als Straftaten und Ordnungswidrigkeiten

Im vorangehenden Kapitel wurde festgestellt, daß die weder gefährdende noch schädigende Straßenverkehrsübertretung, von wenigen Ausnahmen abgesehen, Verwaltungsunrecht, die schädigende dagegen Kriminalunrecht ist. Es bleibt zu fragen, ob die Ahndung der Verkehrsübertretungen deren Struktur entsprechen muß, oder ob hier zufolge der im ersten Hauptteil, Kapitel 6, dieser Arbeit gefundenen Ergebnisse für strukturelles Verwaltungsunrecht Kriminalstrafen und für strukturelles Kriminalunrecht Verwaltungsstrafen verhängt werden dürfen.

1) EINE KRIMINELLE AHNDUNG STRUKTURELLEN VERWALTUNGSUNRECHTS IM BEREICH DER STRASSENVERKEHRSDELIKTE IST NICHT MÖGLICH

Die den Bereich strukturellen Verwaltungsunrechts im Rahmen der Verkehrsübertretungen darstellenden ungefährlichen und abstrakt gefährlichen Straßenverkehrsübertretungen rechtfertigen ihre Behandlung als Straftat, d. h. ihre Verfolgung mit Kriminalstrafen, nicht. Wie oben dargestellt wurde kann strukturell zum Verwaltungsunrecht gehörendes Verhalten entsprechend der bisherigen Praxis des Gesetzgebers dann mit krimineller Strafe bedroht werden, wenn die einzelne

1) s. o. S. 56 f.

2) s. o. S. 58 ff.

Tat durch ihre objektiven Auswirkungen oder durch die subjektive Einstellung des Täters zum einfachen Gesetzesungehorsam hinzukommende sozialetisch mißbilligte Momente enthält, die die Tat im Lichte sozialetischer Bewertung dem Kriminalunrecht als annähernd gleich unwertig erscheinen läßt ¹⁾. Diesen Voraussetzungen entspricht weder die ungefährliche noch die einfache abstrakt gefährliche Übertretung des Straßenverkehrs. Beide enthalten keine zum einfachen Gesetzesungehorsam hinzukommenden sozialetisch unwertigen Momente.

Die ungefährliche Straßenverkehrsübertretung, wie sie vorliegt, wenn die Kraftfahrzeugpapiere nicht mit dem Fahrzeug mitgeführt werden, oder, wenn das Kraftfahrzeugkennzeichen nicht beleuchtet ist, ist reines Verwaltungsunrecht, das sich ausschließlich gegen die Tätigkeit der Verwaltung richtet, und das keine a priori sozialetisch unwertigen Momente enthält ²⁾.

Aber auch die abstrakt gefährliche Verkehrsübertretung ist einfaches Verwaltungsunrecht ohne zusätzliche unwertigen Momente. Das einfache Verwaltungsunrecht, das im Gesetz über Ordnungswidrigkeiten und im Wirtschaftsstrafgesetz sowie in ihren Verwaltungsgesetzen als Ordnungswidrigkeit ausgewiesen worden ist, besteht in der überwiegenden Zahl aus "abstrakten Gefährungsdelikten der untersten Stufe" ³⁾, deren gesetzliches Verbot, wie oben dargestellt wurde, eine bestimmte Ordnung zum Schutze von Rechtsgütern des Einzelnen gewährleisten soll ⁴⁾. Die weitaus überwiegende Mehrzahl der Ordnungswidrigkeiten des geltenden Rechts beschreibt also Tatbestände abstrakter Gefährdung. Die abstrakte Gefährlichkeit allein kann daher nicht als zum einfachen Verwaltungsunrecht hinzukommendes unwertiges Element angesehen werden, sondern ist dessen Bestandteil ⁵⁾. Solange die Gefährlichkeit nicht wie in den oben beschriebenen Fällen ⁶⁾ zu einer kriminellen wird, handelt es sich bei der abstrakt gefährlichen Straßenverkehrsübertretung um typisches Verwaltungsunrecht ohne zusätzliche unwertige Momente. Eine Sanktionierung dieser Delikte mit Kriminalstrafen ist also nicht gerechtfertigt.

1) s. o. S. 38 ff.

2) s. o. S. 53 f.

3) Lackner, Deutscher Bundestag, 4. Wahlp., Unterausschuß Strafrecht des Rechtsausschusses, 8. Sitzung, 28.11.1963.

4) s. o. S. 14 f.

5) Lackner, Folgenlose Verkehrsgefährdung, S. 157.

6) s. o. S. 56 f.

2) DIE AHNDUNG STRUKTURELLEN KRIMINALUNRECHTS IM STRASSENVERKEHRSWESEN DURCH VERWALTUNGSSTRAFEN

Wie im ersten Teil dieser Untersuchung festgestellt wurde, kann der Staat strukturell zum Kriminalunrecht gehörendes Verhalten als Ordnungswidrigkeit behandeln und mit Kriminalstrafen sanktionieren, solange er damit nicht gegen den Grundsatz der Gerechtigkeit der Strafe, den Grundsatz der Gleichheit und den Grundsatz der Würde des Menschen sowie gegen die grundsätzliche Wertordnung verstößt ¹⁾.

Die sich im zweiten Hauptteil dieser Abhandlung stellende Frage ist die, ob und inwieweit eine Erfassung der den Anteil des strukturellen Kriminalunrechts im Rahmen der Straßenverkehrsübertretungen darstellenden gefährdenden und fahrlässig fremde Sachwerte beschädigenden sowie der abstrakt höchst gefährlichen Verkehrsübertretungen als Ordnungswidrigkeiten möglich, sachgerecht und sinnvoll ist.

Prinzipielle Bedenken aus dem Grundsatz der Gerechtigkeit der Strafe, dem Grundsatz der Gleichheit, dem Grundsatz der Würde des Menschen und aus der grundgesetzlichen Wertordnung gegen eine Behandlung der genannten Straßenverkehrsübertretungen als Ordnungswidrigkeiten bestehen nicht. Es handelt sich hier um Delikte an der unteren Grenze der Kriminalität. Sowohl die konkrete Gefährdung als auch die fahrlässige Sachbeschädigung ist im allgemeinen trotz eines gewissen sozialetischen Unwertes nicht unter Strafe gestellt. Wenn der Staat sie im Spezialbereich des Straßenverkehrs trotz ihres sozialetischen Unwertes nur mit Bußfolgen und nicht mit krimineller Strafe bedroht, so kann darin kein Verstoß gegen die Grundsätze der Gerechtigkeit der Strafe, der Gleichheit und der Würde des Menschen oder gegen die grundgesetzliche Wertordnung gefunden werden ²⁾.

Ist die Sanktionierung der strukturell dem Kriminalunrecht angehörenden Straßenverkehrsübertretungen mit Verwaltungsstrafen grundsätzlich möglich, so bleibt zu fragen, ob ein Erfassen dieser Delikte als Ordnungswidrigkeiten sachgerecht ist. Dies entscheidet sich an zwei Gesichtspunkten, nämlich an dem des Sachzusammenhanges und dem insbesondere von der Straßenverkehrskommission berücksichtigten Gesichtspunkt der Praktikabilität ³⁾.

1) s. o. S. 40 f.

2) Wimmer, Fahrlässige Verletzung, S. 13; DAR 1957, S. 169 ff.

3) Vgl. Schicker, DVBl 1959, S. 158 ff.

Ein Sachzusammenhang für die verwaltungsmäßige Sanktionierung der strukturell dem Kriminalunrecht angehörenden Straßenverkehrsübertretungen ist dadurch gegeben, daß die übrigen Verkehrsübertretungen als echtes Verwaltungsunrecht der verwaltungsbehördlichen Ordnungssanktion unterliegen. Er ergibt sich auch daraus, daß sowohl die gefährdenden als auch die fahrlässig fremde Sachwerte beschädigenden und die abstrakt höchst gefährlichen Verkehrsübertretungen Elemente echten Verwaltungsunrechts enthalten: Sie sind jeweils ein Verstoß gegen die staatlich erstellte Ordnung im Bereich des Straßenverkehrs. Dieser Ordnungsverstoß ist sogar einer der Hauptgründe der gesetzlichen Strafdrohung. Weder die fahrlässige Sachbeschädigung noch die konkrete Gefährdung ist allgemein unter Strafe gestellt. Sie ist es vielmehr nur, solange und soweit sie gegen die allgemeine Ordnung des Straßenverkehrs verstößt. Die Unrechtsanktion ergeht also nicht, weil irgendeine Gefährdung oder Sachbeschädigung vorliegt, sondern weil es sich um eine Gefährdung oder Sachbeschädigung im Straßenverkehr, d. h. um einen Verstoß gegen die staatlich gesetzte Ordnung im Bereich des Straßenverkehrs handelt. Der Ordnungsverstoß wird in einigen Fällen sogar primärer Strafgrund, nämlich da, wo die fahrlässige Sachbeschädigung und die in ihr enthaltene Gefährdung eine derartig geringfügige ist, daß sie allein eine Bestrafung nicht zu rechtfertigen vermöchte, wie es etwa bei ganz geringfügigen Kratzschäden beim Einfahren in eine Parklücke der Fall ist ¹⁾.

Ergeben sich einerseits aus dem Gesichtspunkt des Sachzusammenhanges Anhaltspunkte für die Sachgerechtigkeit der verwaltungsbehördlichen Ahndung der strukturell zum Kriminalunrecht gehörenden Straßenverkehrsübertretungen, so wird diese Sachgerechtigkeit vollends deutlich unter dem Gesichtspunkt der Praktikabilität der Unrechtsverfolgung. Wenn sich auch dogmatisch durch die Kriterien der Gefährdung und Verletzung sowie der abstrakt hochgradigen Gefährlichkeit eine Grenzziehung innerhalb der de lege lata als Übertretungen ausgewiesenen Deliktstatbestände des Straßenverkehrs in solche, die de lege ferenda in Ordnungswidrigkeitstatbestände umgeändert, und solche, die in Vergehenstatbestände aufgewertet werden können, finden läßt, so muß doch aus Gründen der Praktikabilität von einer derartigen generellen praktischen Aufteilung der Deliktstatbestände abgeraten werden. Einerseits ist das Merkmal der konkreten Gefährdung und der fahrlässigen Sachbeschädigung ebenso wie der besonders starken abstrakten Gefährlichkeit als Kriterium der Unrechtsdifferenzierung für den gesamten Bereich des Straßenverkehrs zu unbestimmt und deshalb, wie Schicker

1) Wimmer, DAR 1957, S. 170 f; DAR 1958, S. 145; Schicker, DVBl 1959, S. 158 ff.

sagt, "aus rechtsstaatlichen Gründen kaum tragbar" ¹⁾. Andererseits würde eine Differenzierung der Deliktstatbestände entsprechend einer Generalklausel des Inhalts, daß Verkehrsübertretungen, sobald sie eine Beschädigung fremder Sachwerte von nicht unbedeutendem Wert oder eine Gefährdung enthielten oder eine abstrakt höchst gefährliche Situation darstellten, kriminell zu strafen sein, während sämtliche anderen Verkehrsübertretungen mit Bußfolgen zu sanktionieren seien, die Praxis durch die Aufspaltung eines jeden abstrakten Gefährdungstatbestandes in einen Vergehens- und einen Ordnungswidrigkeitstatbestand vor kaum zu bewältigende Schwierigkeiten stellen. Sie würde eine erhebliche Komplizierung des Verkehrsstrafrechts und eine Erschwerung seiner Handhabung durch die Praxis zur Folge haben. Dem tätig werdenden Polizeibeamten wäre es in kaum einem Falle klar erkennbar, ob er die Sache in das Strafverfahren oder in das Bußgeldverfahren zu leiten hätte; denn einerseits ist es schwierig, die unbedeutende von der bedeutenden Sachbeschädigung auf der Stelle exakt zu differenzieren, oder die einfache abstrakt gefährliche Verhaltensweise von der abstrakt höchst gefährlichen zu unterscheiden; andererseits wäre es eine Überforderung des Polizeibeamten, wollte man von ihm verlangen, in jedem Einzelfall die zu mißbilligende Gefährdung anderer Verkehrsteilnehmer gegenüber der allgemein für tragbar gehaltenen, naturgegebenen Gefährdung im Straßenverkehr exakt abzugrenzen ²⁾. Das würde in der Praxis ständig zu einem das Verfahren der Unrechtsverfolgung aufhaltenden Streit darüber führen, ob in concreto kriminell oder verwaltungsmäßig zu strafen ist. Wenn die Straßenverkehrskommission, ebenso wie zahlreiche Stimmen in der Literatur ³⁾, aus den hier genannten Gründen eine generelle Überführung der Verkehrsübertretungen in den Bereich des Ordnungswidrigkeitenrechts mit nur ganz wenigen, unumgänglichen Ausnahmen, die zu Vergehenstatbeständen aufgewertet werden sollen, fordert, so kann dem nur zugestimmt werden. Die Bedürfnisse der Praxis der Unrechtsverfolgung verlangen eine Umstellung der Verkehrsübertretungen in Ordnungswidrigkeitstatbeständen "in Bausch und Bogen" ⁴⁾ mit nur vereinzelt, zu Vergehenstatbeständen aufzuwertenden Ausnahmen. Nur eine eindeutige und klare Trennung von Ordnungswidrigkeit und Straftat

1) Schicker, aaO.

2) Lackner, DAR 1960, S. 313; Schicker, aaO; Mittelbach, MDR 1958, S. 66; Zum Problem der Differenzierung der mißbilligten Gefährdung gegenüber der erlaubten Gefährdung im Straßenverkehr vgl. Wimmer, Fahrlässige Verletzung, S. 24 ff.

3) Mittelbach, MDR 1958, S. 66; Lackner, aaO; Salzmann, aaO, S. 46 ff; Mayer-Jacobi, aaO, Bd. III, S. 105.

4) Mayer-Jacobi, aaO.

bietet die für die Unrechtsverfolgung im Straßenverkehr erforderliche Praktikabilität¹⁾.

Im Gegensatz zu dem allgemeinen Grundsatz der Trennung von Kriminalunrecht und Verwaltungsunrecht muß im Bereich der Straßenverkehrsübertretungen mit Rücksicht auf die Bedürfnisse der Praxis die Gleichbehandlung beider Unrechtsbereiche gefordert werden. Diese Forderung erscheint um so berechtigter, als die strukturell dem Kriminalunrecht angehörenden Straßenverkehrsübertretungen zum größten Teil auch Elemente des Verwaltungsunrechts enthalten, und die ihren kriminellen Charakter ausmachenden, sozialetischen unwertigen Momente der fahrlässigen Sachbeschädigung und der Gefährdung anderer zu den in sozial-ethischer Wertung leichter wiegenden gehören, die auf Grund dieser ihrer weniger gravierenden Bedeutung allgemein nicht unter Strafe gestellt sind.

Fordern einerseits die Bedürfnisse der Praxis eine generelle Umwandlung der Straßenverkehrsübertretungstatbestände in Ordnungswidrigkeitstatbestände, so fordern andererseits die Belange der öffentlichen Sicherheit im Straßenverkehr, daß der Staat in einigen besonders gravierenden Fällen nicht auf das Mittel krimineller Strafe verzichtet. Der Gesetzgeber wird daher trotz der von der Praxis geforderten, klaren und übersichtlichen Trennung von Straftat und Ordnungswidrigkeit im Bereich der Straßenverkehrsübertretungen immer einige Ausnahmen von der generellen Umwandlung der Straßenverkehrsübertretungen und Ordnungswidrigkeiten machen müssen. Als solche Ausnahmen bieten sich in erster Linie das besonders gefährliche Fehlverhalten, wie das Führen eines Fahrzeuges im Straßenverkehr unter Alkoholeinwirkung oder ein Teil der von Mayer-Jacobi genannten unfallträchtigen Verhaltensweisen, an. Bei den letzteren wird man allerdings nicht das einfache Fehlverhalten kriminell strafen können, da es sich lediglich um strukturelles Verwaltungsunrecht handelt, sondern auf das Vorliegen zusätzlicher, den kriminellen Charakter dieser Fehlverhaltensweisen ausmachender, sozialetisch unwertiger Elemente in der Form der Gefährdung oder der fahrlässigen Sachbeschädigung abzustellen haben, zu denen dann noch eine, die ausnahmsweise Ausgestaltung als Kriminalstrafe begründende, besonders verwerfliche Willenshaltung hinzukommen müßte. Solange die konkrete Gefährdung

-
- 1) Diesen Gesichtspunkt der praktischen Durchführbarkeit einer lediglich strukturell bestimmten Differenzierung von Straftat und Ordnungswidrigkeit im Straßenverkehr läßt Wimmer außer acht. Wimmer schlägt eine durch Schuld und Schadenshöhe bestimmte komplizierte Differenzierung beider Unrechtsbereiche im Straßenverkehr vor. Vgl. Wimmer, DAR 1958, S. 145 ff.

und die fahrlässige Sachbeschädigung im Verkehr auf begreiflichem menschlichen Versagen beruht, genügt in aller Regel der einfache Ordnungsruf der Verwaltungsstrafe, um den Delinquenten aufzuschrecken. Hier kommt es kriminalpolitisch weniger auf die Schwere der Strafe an, als darauf, das Unrecht in der nötigen Breite zu erfassen ¹⁾. Wo dagegen die schädigende oder gefährdende Verkehrsübertretung nicht lediglich auf begreiflichem Versagen beruht, sondern auf einer verwerflichen Willenshaltung, wird der einfache Ordnungsruf der Verwaltungsstrafe oft nicht ausreichen, um den Delinquenten zur zukünftigen Beachtung der übertretenen Vorschrift zu bringen. Wer unter Verletzung der Straßenverkehrsregeln die Rechtsgüter anderer Verkehrsteilnehmer mißachtet, indem er sie bewußt gefährdet, wer sich aus eigensüchtigen Gründen über seine Pflichten gegenüber anderen Verkehrsteilnehmern hinwegsetzt oder aus Gleichgültigkeit von vornherein Bedenken gegen sein Verhalten nicht aufkommen läßt, also rücksichtslos fährt ²⁾, und dadurch die Güter anderer gefährdet oder beschädigt, wird oft nur durch kriminelle Strafen zur Vernunft gebracht werden können ³⁾. Der Bereich dieser rücksichtslosen und besonders gefährdenden sowie der abstrakt höchst gefährlichen Straßenverkehrsübertretungen ist derjenige, der eine ausnahmsweise Ausgestaltung einzelner Verkehrsübertretungstatbestände zu Vergehenstatbeständen des Kriminalstrafrechts fordert. Die Tatbestände der §§ 315 b bis 316 StGB sind dabei nicht als ausschließliche Regelung anzusehen; sie stehen vielmehr dem gesetzlichen Erfassen weiterer de lege lata als Übertretungen ausgewiesener Straßenverkehrsdelikte als Vergehen nicht entgegen ⁴⁾.

-
- 1) Vgl. Mayer-Jacobi, aaO, S. 104; Göppinger, NJW 1959, S. 2282; ähnlich: Jacobi, DAR 1960, S. 309.
 - 2) BGHSt 5, S. 392: "Rücksichtslos handelt, wer sich im Straßenverkehr aus eigensüchtigen Gründen über seine Pflichten gegenüber anderen Verkehrsteilnehmern hinwegsetzt oder aus Gleichgültigkeit von vornherein Bedenken gegen sein Verhalten nicht aufkommen läßt."
 - 3) Vgl. Baumann, Folgenlose Verkehrsgefährdung, S. 175; Göppinger, aaO; Lackner, aaO, S. 312.
 - 4) Lackner, Deutscher Bundestag, 4. Wahlp., 12. Ausschuß, 81. Sitzung, 12. 2. 1964.

4. KAPITEL

Die Behandlung der Straßenverkehrsübertretungen durch die derzeitige Praxis

Läßt sich als Ergebnis der die strukturmäßige und die rechtsfolgemäßige Einordnung der Straßenverkehrsübertretungen behandelnden Untersuchungen festhalten, daß diese Übertretungen zwar strukturell zu einem großen Teil Kriminalunrecht sind, daß sie aber in ihrer Gesamtheit von nur wenigen, besonders gravierenden Ausnahmen abgesehen, als Ordnungswidrigkeiten auszugestalten und mit Verwaltungsstrafe zu sanktionieren sind, so verwundert es nicht, festzustellen, daß die rechtliche Behandlung der Straßenverkehrsübertretungen durch die derzeitige Praxis darauf hinweist, daß diese Delikte in aller Regel nicht mehr als echt kriminelles Unrecht im engeren Sinne behandelt werden. Der größte Teil der Straßenverkehrsübertretungen wird im Wege der gebührenpflichtigen Verwarnung nach § 22 StVG, die nach den neuesten Richtlinien sogar bei Verkehrsübertretungen mit Blechschäden bis zu 1.000,- DM je beteiligtem Fahrzeug ergehen dürfen ¹⁾, geahndet. Die gebührenpflichtige Verwarnung spricht ein echtes sozialetisches Unwerturteil über Tat und Täter nicht aus. Soweit die Gerichte in Verkehrsübertretungssachen tätig werden, ergehen in der weitaus überwiegenden Zahl der Fälle Strafbefehle und Strafverfügungen ²⁾. Sowohl bei den Strafbefehlen als auch bei den auf Grund einer Hauptverhandlung verhängten Strafen handelt es sich in aller Regel, ebenso wie bei den Strafverfügungen, nur um Geldstrafen, die nicht im Strafregister eingetragen werden ³⁾. Mit Recht folgert Lackner aus dieser Behandlung der Straßenverkehrsübertretungen durch die Praxis, daß die kleinen Verkehrsübertre-

1) Lackner, Deutscher Bundestag, 4. Wahlp., 12. Ausschuß, 82. Sitzung, 13. 2. 1964.

2) Frhr. von Vietinghoff-Scheel, Deutscher Bundestag, Sten. Ber., Bd. 55, 4. Wahlp., 131. Sitzung, 1964, S. 6403: "Zahlen aus dem Jahre 1962, wobei ich vorausschicken muß, daß es sich um Schätzungs- und Berechnungswerte handelt. Exakte Zahlen weist die Justizstatistik auf diesem Gebiet nicht aus.

1. Gerichtliche Strafverfügungen oder jugendgerichtliche Verfügungen wegen Verkehrsübertretungen	rund 1.150.000
2. Strafbefehle in Verkehrssachen	rund 350.000
3. Verurteilungen wegen Verkehrsübertretungen	rund 50.000
4. Verurteilungen auf Grund einer Hauptverhandlung wegen Verkehrsvergehen	rund 231.000."

3) Lackner, aaO.

tungen allgemein nicht als kriminelles Unrecht in engerem Sinne angesehen werden. Durch diese Behandlung solle lediglich erreicht werden, daß, wenn keine Freiheitsstrafen verhängt würden, für den Betroffenen keine Folgen für seine sozialethische Stellung aus der Verurteilung wegen der Verkehrsübertretung entstünden ¹⁾.

5. KAPITEL

Die Unrechtsstruktur der Straßenverkehrsvergehen der §§ 315 b bis 316 StGB und ihre Unrechtssanktion

Nachdem die Unrechtsstruktur der Straßenverkehrsübertretungen sowie die Möglichkeiten, sie rechtsfolgemäßig als Ordnungswidrigkeiten und Vergehen zu erfassen, dargestellt worden sind, fällt es nicht schwer, die Unrechtsstruktur der gesetzlich als Vergehen ausgewiesenen Straßenverkehrsdelikte der §§ 315 b bis 316 StGB zu bestimmen.

Sämtliche hier als Vergehen ausgewiesenen Straßenverkehrsdelikte sind strukturell Kriminalunrecht. Bei den Delikten der §§ 315 b, 315 c Abs. 1, Nr. 1, 316 StGB handelt es sich um abstrakt höchst gefährliche Verhaltensweisen, die sowohl nach dem Grade ihrer Gefährlichkeit als auch nach ihrem sozialethischen Unwert in den Bereich der abstrakten Gefährungsdelikte kriminellen Charakters gehören ²⁾. Wer im Straßenverkehr Hindernisse bereitet und damit die in § 315 b Abs. 1 StGB genannten Gefährdungen herbeiführt, oder wer im Verkehr ein Fahrzeug führt, obwohl er infolge des Genusses geistiger Getränke dazu nicht in der Lage ist, zeigt ein abstrakt höchst gefährliches Verhalten, das wegen seiner besonders großen Gefährlichkeit, unabhängig von einer entsprechenden verbietenden und Strafe androhenden Gesetzesnorm, einem echten sozialethischen Unwerturteil unterliegt, und das deshalb auch ohne die in den §§ 315 b und 315 c Abs. 1 Nr. 1 StGB zum Tatbestand gehörende konkrete Gefährdung von Leib oder Leben eines anderen oder fremder Sachen von bedeutendem Wert strukturell zum Kriminalunrecht gehört. Auch die Delikte des § 315 c Abs. 1 Nr. 2 StGB sind, weil sie eine konkrete Gefährdung von Leib oder Leben eines anderen oder fremder Sachen von bedeutendem Wert enthalten, strukturell Kriminalunrecht ³⁾.

1) Lackner, aaO.

2) Vgl. S. 56 f.

3) s. o. S. 58 ff.

Diese strukturell zum Kriminalunrecht gehörenden Straßenverkehrsdelikte sind zu Recht Vergehen des Kriminalstrafrechts, da es sich hier um Verhaltensweisen handelt, die wegen ihrer besonders hohen abstrakten Gefährlichkeit, wegen der in den Fällen des § 315 c Abs. 1 Nr. 2 StGB zu der besonders hohen abstrakten Gefährlichkeit hinzukommenden besonders verwerflichen Willenshaltung (Rücksichtslosigkeit) und wegen der in den §§ 315 b und 315 c StGB geforderten hohen konkreten Gefährdung (Leib, Leben, Sachen von bedeutendem Wert) einen besonders starken Unwert enthalten. Es handelt sich hier um besonders gravierende Fehlverhalten, bei denen begründete Zweifel bestehen, ob der einfache Ordnungsruf der Verwaltungsstrafe ausreichen würde, um den Delinquenten zur Ordnung zu rufen, so daß eine echte kriminelle Strafe geboten erscheint.

Die Tatbestände der §§ 315 b bis 316 StGB sind bereits, bevor die Übertretungstatbestände allgemein aufgelöst werden, zu Vergehen aufgewertet worden ¹⁾. Dabei ist insbesondere die Neufassung der §§ 315 bis 316 StGB durch das Zweite Gesetz zur Sicherung des Straßenverkehrs vom 26. November 1964 (BGBl. I, S. 921) entsprechend den Vorstellungen, die den beteiligten Ministerien und dem Bundestag für die Umstellung der Übertretungen vorschwebte, ergangen ²⁾. Es handelt sich bei der Aufwertung dieser Tatbestände zu Vergehen, wie bereits erwähnt wurde, nicht um eine ausschließliche Regelung; sie steht der Aufwertung weiterer Verkehrsübertretungen zu Vergehen nicht entgegen ³⁾.

6. KAPITEL

Die Unrechtsstruktur der Straßenverkehrsvergehen der §§ 23 bis 26 StVG und ihre Unrechtssanktion

Im Gegensatz zum Erfassen der Delikte der §§ 315 b bis 316 StGB als Vergehen entspricht das Einordnen der Delikte der §§ 23 bis 26 StVG als Vergehen nicht den in dieser Untersuchung gefundenen Erfordernissen einer Trennung von Straftat und Ordnungswidrigkeit im Bereich des Straßenverkehrs. Die Delikte der §§ 23 bis 26 StVG gehören strukturell nicht zum Kriminalunrecht. Da ihnen weder

-
- 1) Diese Aufwertung erfolgt durch Einfügung des § 315 a StGB in der Fassung vom 19. 12. 1952 (BGBl I, S. 832) und durch die Neufassung der §§ 315 bis 316 StGB in der Fassung vom 26. 11. 1964 (BGBl I, S. 921).
 - 2) Lackner, aaO.
 - 3) Lackner, aaO.

eine Sachbeschädigung noch eine konkrete Gefährdung anderer wesentlich ist, könnten sie allenfalls abstrakte Gefährdungsdelikte kriminellen Charakters sein. Jedoch läßt weder der Grad der abstrakten Gefährlichkeit noch der sozialetische Unwert dieser Verhaltensweisen auf das Vorhandensein echten Kriminalunrechts schließen. Weder ist das Führen eines nicht zugelassenen Kraftfahrzeuges im Verkehr ¹⁾ noch ist das Führen eines Kraftfahrzeuges ohne die erforderliche Fahrerlaubnis im Verkehr ²⁾ eine derartig gefährliche Handlung, daß berechtigterweise von einer gesetzlich vermuteten konkreten Gefährdung gesprochen werden kann, wie es bei echt kriminellen abstrakten Gefährdungsdelikten der Fall ist ³⁾. Das nicht zugelassene Kraftfahrzeug kann ein vollkommen fabrikneues sein, und der Fahrer ohne Führerschein kann ausnahmsweise ein durchaus zuverlässiger Fahrer sein. Die Strafdrohung knüpft in diesen Fällen nicht an ein ihr präexistentes Unwerturteil an, sondern stellt vorrechtlich wertfreies Verhalten im Zuge der ordnenden Regelung des Straßenverkehrs unter Verbot und Strafe. Sie ist also Bestandteil der auf Zweckmäßigkeitserwägungen beruhenden gesetzlichen Ordnung des Straßenverkehrs. Die hier unter Strafe gestellten Verhaltensweisen sind als Verstöße gegen eine nicht auf einer vorgegebenen sozialetischen Bewertung beruhende Ordnung eines bestimmten Lebensbereiches, die ihrerseits um des Schutzes allgemein anerkannter Werte willen eingeführt worden ist, typisches Verwaltungsunrecht ⁴⁾. Dasselbe gilt für die übrigen in den §§ 23 bis 26 StVG erfaßten Verhaltensweisen. Auch sie sind Verstöße gegen eine vom Staat aus Zweckmäßigkeitserwägungen errichtete Ordnung. Die Strafdrohung knüpft auch bei ihnen nicht unmittelbar an eine sozialetisch vorgegebene Bewertung an.

Die Delikte der §§ 23 bis 26 StVG gehören also insgesamt strukturell zum Verwaltungsunrecht. Sie bieten auch dogmatisch keine Möglichkeit für eine Sanktionierung mit krimineller Strafe. Ihnen fehlt eine sich in den objektiven Auswirkungen der Tat oder in der subjektiven Einstellung des Täters dokumentierende Affinität zum sozialetisch Unwertigen. Die abstrakte Gefährlichkeit dieser Delikte allein kann, weil es sich nicht um eine abstrakte Gefährlichkeit kriminellen Charakters handelt, wie oben dargestellt wurde, nicht als zum einfachen Verwaltungsunrecht hinzukommendes Unwertelement, das die Kriminalstrafe fordert, angesehen werden ⁵⁾. Sonstige, besonders Unwertmomente, sind in diesen Delikten nicht enthalten. Die Delikte der §§ 23 bis 26 StVG dürften also

1) § 23 StVG.

2) § 24 StVG.

3) s. o. S. 16 ff.

4) s. o. S. 55 f.

5) s. o. S. 14 ff; 61 f.

nach dem bisherigen Gang dieser Abhandlung de lege ferenda nur mit Verwaltungsstrafen geahndet werden. Die Diskrepanz zwischen der Unrechtsstruktur dieser Delikte und ihrer gesetzlichen Erfassung als Vergehen des Kriminalstrafrechts vermag die in dieser Untersuchung gefundenen Ergebnisse einer Trennung von Kriminalunrecht und Verwaltungsunrecht im Bereich des Straßenverkehrs jedoch nicht zu erschüttern. Sie ist in erster Linie darauf zurückzuführen, daß zur Zeit der Entstehung dieser gesetzlichen Straftatbestände die Diskussion über die Möglichkeit einer Differenzierung des Verwaltungsunrechts vom Kriminalunrecht im Bereich des Straßenverkehrs noch nicht auf dem heutigen Stand war.

D. D R I T T E R H A U P T T E I L :

D I E V E R F A S S U N G S M Ä S S I G K E I T D E R

V E R W A L T U N G S B E H Ö R D L I C H E N

U N R E C H T S A H N U N G I M S T R A S S E N V E R K E H R

1. K A P I T E L

Einleitende Problemstellung

Im ersten und zweiten Teil dieser Abhandlung wurde das Problem der Überführung der Straßenverkehrsübertretungen in das Ordnungswidrigkeitenrecht primär unter den Gesichtspunkten des Unwerts der einzelnen Tat, der bisherigen Praxis des Gesetzgebers und der Praktikabilität der Unrechtsverfolgung behandelt. Die unter diesen Gesichtspunkten getroffene Feststellung, daß die Straßenverkehrsübertretungen, abgesehen von einigen wenigen Ausnahmen, in ihrer Gesamtheit als Ordnungswidrigkeiten erfaßt werden können, ist rechtlich unvollständig, solange sie die Frage der Verfassungsmäßigkeit eines verwaltungsbehördlichen Verwaltungsstrafens im Straßenverkehr unerörtert läßt.

Eine bis heute trotz der gesetzlichen Regelung des Wirtschaftsstrafgesetzes und des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten nicht eindeutig beantwortete Frage ist die nach der Verfassungsmäßigkeit der im Bereich des Verwaltungsstrafrechts bestehenden Kompetenz der Verwaltungsbehörden zur Unrechtsahndung durch Strafverhängung. Allein aus der schwankenden Haltung des Gesetzgebers, der 1957 im Gesetz über Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz) vom 27. Juli (BGBl I, S. 1180) in den §§ 81 ff in bewußter Ausnahme zu der durch § 48 OwiG gesetzten Regel einer verwaltungsbehördlichen Ahndung der Ordnungswidrigkeiten die Sanktionierung der Ordnungswidrigkeiten des Kartellrechts den Gerichten vorbehielt ¹⁾, und 1965 im Zuge der Änderung des Kartellrechts durch die Gesetze vom 6. September (BGBl I, S. 1185) und vom 9. September (BGBl I, S. 1294) diese Kompetenz der Gerichte aufhob und die Ahndung der Ordnungswidrigkeiten

1) § 81 Abs. 1 S. 1 KartG in der Fassung vom 27. 7. 1957: "Die Geldbuße wird in den Fällen der §§ 38 bis 41 abweichend von § 48 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten auf Antrag der Kartellbehörden durch Beschluß des Oberlandesgerichtes festgesetzt, in dessen Bezirk die Kartellbehörde ihren Sitz hat."

des Kartellrechts nunmehr den Kartellbehörden anvertraute ¹⁾, sowie aus der zu dieser Haltung des Gesetzgebers veröffentlichten Literatur ²⁾ läßt sich entnehmen, daß die Kompetenz der Verwaltungsbehörden zur Verhängung von Verwaltungsstrafen noch keineswegs zum gesicherten Bestand unseres Rechtslebens gehört ³⁾.

Wenn die Frage nach der Verfassungsmäßigkeit des verwaltungsbehördlichen Verwaltungsstrafens gestellt wird, so bezieht sie sich auf zwei konkrete Punkte, nämlich auf die Vereinbarkeit des Verwaltungsstrafens erstens mit dem Gewaltenteilungsprinzip und zweitens mit Art. 92 GG. Die entscheidende Frage lautet: Dürfen Verwaltungsbehörden Strafen, um die es sich bei der Verhängung des Bußgeldbescheides, wie oben dargestellt wurde, im weiteren Sinne handelt ⁴⁾, verhängen? Liegt in der Verhängung von Verwaltungsstrafen durch Verwaltungsbehörden ein Verstoß gegen den das Grundgesetz bestimmenden Gewaltenteilungsgrundsatz oder ein Verstoß gegen Art. 92 GG?

2. KAPITEL

Das Gewaltenteilungsprinzip und das Verwaltungsstrafrecht

Gegen die Verfassungsmäßigkeit der verwaltungsbehördlich verhängten Verwaltungsstrafe könnten sich Bedenken aus dem Grundsatz der Gewaltenteilung deshalb ergeben, weil hier eine staatliche Aufgabe, von der man annehmen könnte, daß sie an sich zur Rechtsprechung gehört, von Verwaltungsbehörden wahrgenommen wird, und dadurch der Bestrafte unter Verstoß gegen Art. 101 GG seinem gesetzlichen Richter entzogen wird.

Die Überprüfung der Vereinbarkeit des verwaltungsbehördlichen Verwaltungsstrafens mit dem Prinzip der Gewaltenteilung setzt eine Besinnung auf das Wesen des Gewaltentrennungsprinzips voraus.

-
- 1) § 81 Abs. 1 S. 1 KartG in der Fassung vom 9.9.1965: "Die Geldbuße wird in den Fällen der §§ 38 bis 41 von den Kartellbehörden festgesetzt."
 - 2) Jescheck, JZ 1959, S. 462; Dünnebie, JZ 1958, S. 552; Rotberg, aaO, Vorbem. vor § 54.
 - 3) Patzig, Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, S. 10.
 - 4) s. o. S. 38 f.

Das Grundgesetz bekennt sich zum Gewaltentrennungsprinzip. Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG zerlegt die Staatsgewalt, die als solche nicht teilbar ist ¹⁾, hinsichtlich ihrer Ausübung in die traditionellen drei Gewalten: Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung ²⁾. Diese Dreiteilung der Staatsgewalt besteht in doppelter Gestalt: erstens als funktionellmaterielles Prinzip der Gewaltenunterscheidung der einheitlich vom Volke ausgehenden Staatsgewalt, zweitens als organisatorisches Prinzip der Gewaltentrennung in der Form der Trennung der drei voneinander geschiedenen staatlichen Organgruppen ³⁾.

Der Sinn und Zweck dieser Aufteilung der Staatsgewalt besteht darin, dem Staatsbürger durch eine möglichst große gegenseitige Kontrolle der drei Gewalten untereinander einen möglichst großen Schutz vor staatlicher Willkür zu gewährleisten ⁴⁾. Wie das Bundesverfassungsgericht wiederholt festgestellt hat, liegt der Sinn der Gewaltenteilung allein in dieser Gewaltenkontrolle zum Schutze des Staatsbürgers, nicht aber in einer scharfen Trennung der Staatsgewalten ⁵⁾. Gewaltenüberschneidungen sind daher mit dem Gewaltenteilungsprinzip vereinbar, solange sie das Gleichgewicht der Gewalten nicht aufheben ⁶⁾. Mit dem Gewaltentrennungsprinzip unvereinbar ist daher lediglich eine solche Anreicherung der Kompetenz einer der Gewalten, die die Diktatur dieser Gewalt über eine der anderen ermöglichen würde ⁷⁾.

-
- 1) Maunz-Dürig, Grundgesetz, Art. 92 Anm. 76; Wernicke, BK, Art. 20 Anm. II 2 a.
 - 2) Einen Überblick über die von der hier vertretenen herrschenden Meinung abweichenden Lehrmeinungen mit anderer Gewaltenanzahl und anderer Gewaltenaufteilung gibt Maunz-Dürig, aaO, Rdnr. 77.
 - 3) Holtkotten, BK, Art. 92 Anm. II 1 a.
 - 4) von Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz, Art. 20 Anm. V 5 a, b; Maunz-Dürig, aaO, Art. 20 Rdnr. 78.
 - 5) BVerfGE 3, S. 225 ff (247); 7, 183 ff (188); 9, 268 ff (279 f); vgl. auch Weber, Festschrift für Carl Schmitt, S. 263; Arndt, Festgabe für Carlo Schmid, S. 10 ff; Menger, VVDStRL, H. 15, S. 24 ff; Kieler Rechtswissenschaftliche Abhandlungen Nr. 1, S. 23 ff. Zur Gewaltenüberschneidung vgl. insbesondere: Hahn, Jahrb. d. ö.R. 1965, S.31; Maunz-Dürig, aaO, Art. 20 Rdnr. 79; Wernicke, BK, Art. 20 Anm. II 2 g.
 - 6) BVerfGE 9, S. 279.
 - 7) Wernicke, aaO; von Mangoldt-Klein, aaO; Maunz-Dürig, aaO, Art. 20 Rdnr. 81; Hahn, aaO.

Die im Rahmen des Gewaltentrennungsprinzips allgemein großzügig zugelassene Möglichkeit einer Überschneidung der Gewalten wird allerdings für die Rechtsprechung durch Art. 92 GG eingeschränkt ¹⁾. Die rechtsprechende Gewalt wird nach Art. 92 GG gegen Einwirkungen der anderen Gewalten stärker abgeschirmt als die übrigen Gewalten ²⁾.

Die Verfassungsmäßigkeit des verwaltungsbehördlichen Verwaltungsstrafens ist daher auf der Grundlage des den allgemeinen Gewaltentrennungsgrundsatz für den Bereich der Rechtsprechung motivierenden Art. 92 GG zu überprüfen.

3. KAPITEL

Art. 92 GG und das Verwaltungsstrafrecht

a) Artikel 92, 1. Halbsatz, des Grundgesetzes lautet: "Die rechtsprechende Gewalt ist den Richtern anvertraut." Wenn die Frage nach der Vereinbarkeit des verwaltungsbehördlichen Verwaltungsstrafens mit Art. 92 GG gestellt wird, so kann sie sich nur auf das Problem der Zugehörigkeit der Verhängung von Verwaltungsstrafen zur Rechtsprechung oder zur Verwaltung beziehen. Ist die Verhängung von Verwaltungsstrafen nicht Rechtsprechung im Sinne des Art. 92 GG, so steht die verwaltungsbehördliche Verwaltungsstrafgewalt im Einklang mit Art. 92 GG. Wenn es sich bei der Verwaltungsstrafe jedoch um Rechtsprechung im Sinne des Art. 92 GG handelt, so ist sie den Richtern anvertraut; in diesem Fall stellt sich die Frage, ob das Anvertrautsein der rechtsprechenden Gewalt an die Richter gemäß Art. 92 GG ein ausschließliches Richtermonopol postuliert, oder ob es lediglich die letztinstanzliche Zuständigkeit der Richter garantieren soll und deshalb ein sogenanntes verwaltungsbehördliches Vorschaltverfahren zuläßt ³⁾. Die Beantwortung der Frage nach der Zugehörigkeit der Verwaltungs-

-
- 1) Holtkotten, BK, Art. 92 Anm. II 1 d; von Mangoldt, Grundgesetz, Art. 92 Anm. 3; Nawiasky, Grundgedanken, S. 46; Friesenhahn, DVBl 1949, S. 478 ff; Hamann, Grundgesetz, Art. 92 Anm. 3; Greve, Deutscher Bundestag, Sten. Ber., 26. 7. 1950, S. 2885. D.
 - 2) BVerfGE 6, S. 188.
 - 3) Zur Frage des Richtermonopols siehe insbesondere: BGHSt in NJW 1959, S. 1230 mit kritischer Anmerkung von Arndt; Klein, Rechtsgutachten über das Verwaltungssteuerstrafverfahren, insbesondere seiner Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz, mit einer umfangreichen Darstellung des Streitstandes.

strafgewalt zur rechtsprechenden oder zur vollziehenden Gewalt setzt eine Definition des Begriffs "rechtsprechende Gewalt", insbesondere seine Differenzierung von der vollziehenden Gewalt, voraus.

b) Von wesentlicher Bedeutung für die Definition des Begriffs "rechtsprechende Gewalt" im Sinne des Art. 92 GG ist die Beantwortung der Frage, ob der Begriff "rechtsprechende Gewalt" formell oder materiell auszulegen ist. Bei formeller Interpretation bestimmt sich dieser Begriff nach dem Tätigkeitsbereich der Gerichte. Rechtsprechende Gewalt wäre dann gleichbedeutend mit richterlicher Tätigkeit. Bei materieller Interpretation bestimmt sich dieser Begriff am Gegenstand, unabhängig davon, welche Staatsorgane diese Materie bearbeiten.

Allein die Wortwahl "rechtsprechende Gewalt" zwingt weder zu einer formellen noch zu einer materiellen Interpretation. Zwar ist Möllinger der Ansicht, daß der Grundgesetzgeber den Ausdruck "rechtsprechende Gewalt" als materiellen verwende, während er dem Begriff "Rechtsprechung" lediglich eine formelle Bedeutung zuschreibe und mit diesem allein den Behördenkomplex der dritten Gewalt bezeichne¹⁾. Möllinger leitet dies aus Art. 20 Abs. 2 und 3 GG ab. Wenn Art. 20 Abs. 2 bestimme: "Die Staatsgewalt wird durch besondere Organe der Gesetzgebung der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt", so zeige das, daß der Gesetzgeber den Ausdruck "Rechtsprechung" nur für den Behördenkomplex der dritten Gewalt verwende, da Art. 20 Abs. 2 GG nur die Organe der drei Gewalten betreffe. Auch der Bestimmung des Art. 20 Abs. 3 GG sei diese formelle Bedeutung des Begriffs "Rechtsprechung" zu entnehmen; denn wenn der Gesetzgeber "die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung an Gesetz und Recht" binde, so könne er nur den Organkomplex meinen, da nur dieser gebunden werden könne. Durch den Wechsel des Ausdrucks in Art. 92 GG bringe der Gesetzgeber zum Ausdruck, daß er mit dem hier verwandten Ausdruck "rechtsprechende Gewalt" nur die materielle Seite der Staatsfunktion bezeichne.

Diese Argumentation Möllinger's kann jedoch nicht gefolgt werden. Die Begriffe "Rechtsprechung" und "rechtsprechende Gewalt" werden vom Gesetzgeber synonym verwandt. Sie drücken keinen begrifflichen Unterschied aus. Das zeigt die Verwendung des Ausdrucks "Rechtsprechung" als Überschrift des IX. Abschnittes des Grundgesetzes. Der IX. Abschnitt des Grundgesetzes betrifft sowohl die Funk-

1) Möllinger, Gerichtsbarkeit bei Steuerdelikten, AöR, Bd. 80, S. 276 ff (287).

tion als auch die Organgruppe der dritten Gewalt ¹⁾. Das kam in der ursprünglich vorgesehenen Überschrift des damaligen VIII. Abschnittes "Gerichtsbarkeit und Rechtspflege" besonders klar zum Ausdruck ²⁾. "Gerichtsbarkeit" enthielt einen Hinweis auf die formelle "Rechtspflege" auf die materielle Seite der in diesem Abschnitt behandelten Staatsfunktion. Mit der Auffassung Möllinger's, die Ausdrücke "Rechtsprechung" und "rechtsprechende Gewalt" stünden für verschiedene Begriffe, ließe sich auch schwerlich vereinbaren, daß die erste Bestimmung unter der Überschrift "Rechtsprechung" lautet "Die rechtsprechende Gewalt ist den Richtern anvertraut". Eine Bestimmung über die "rechtsprechende Gewalt" hätte dann unter einer anderen Überschrift zu stehen. Weiterhin spricht gegen die Auffassung Möllinger's, daß der Gesetzgeber bei der zweiten Gewalt eine solche unterschiedliche Terminologie nicht verwendet. Hätte der Gesetzgeber unter dem Ausdruck "Gewalt" im Rahmen der dritten Gewalt ausschließlich den materiellen Gehalt der Rechtsprechung verstanden, so hätte er diese Unterscheidung logischerweise auch im Bereich der zweiten Gewalt treffen müssen. Er tut es aber nicht, sondern verwendet in Art. 20 Abs. 2 und 3 GG die Ausdrücke "Rechtsprechung" und "vollziehende Gewalt" - bezogen auf die entsprechende Gewalt - im gleichen Sinne ³⁾. Allein der Wortlaut des Art. 92 GG zwingt also weder zu einer formellen noch zu einer materiellen Auslegung. Die Frage, ob Art. 92 GG materiell oder formell zu interpretieren ist, kann daher nur durch teleologische Erwägungen beantwortet werden.

aa) Bei formeller Auslegung bestimmt sich der Begriff der rechtsprechenden Gewalt als Tätigkeit der Gerichte nach der Kompetenzzuteilung durch den Gesetzgeber. Rechtsprechung bzw. rechtsprechende Gewalt wäre dann zu definieren als der Bereich der den Gerichten vom Gesetzgeber übertragenen Aufgaben. Bei Zugrundelegung dieser formellen Interpretation ist die Verhängung von Verwaltungsstrafen, die nicht von Gerichten wahrgenommen wird, nicht Rechtsprechung, und somit in verfassungsrechtlicher Hinsicht unbedenklich.

1) von Mangoldt, aaO, Art. 92 Vorbem. 3.

2) 2. und 3. Lesung des Hauptausschusses, 37. Sitzung, 13.1.1949, Sten. Ber., S. 461; 50. Sitzung, 10.2.1949, Sten. Ber., S. 665.

3) Die Ausdrücke "Rechtsprechung" und "rechtsprechende Gewalt" werden als Synonyma verwandt u. a. von: Hamann, aaO, Art. 92 B I; von Mangoldt, aaO, Art. 92 Vorbem. 3 a; Holtkotten, BK, Art. 92; H. J. Wolff, MDR 1951, S. 67; Friesenhahn, Festschrift für Thoma, S. 22 ff; Darnedde, ZJB1 1949, S. 102.

Eine solche formelle Interpretation der dritten Gewalt war den früheren deutschen Konstitutionen eigen. So verwandte die Paulskirchenverfassung in § 174 den Begriff der "richterlichen Gewalt", der keineswegs die Zuordnung eines bestimmten materiellen Aufgabenbereiches in die Kompetenz der Gerichte zum Inhalt hatte; der Paulskirchenverfassung lag lediglich an einer verfassungsmäßigen Festlegung der richterlichen Unabhängigkeit bei der Ausübung der ihr durch Gesetz zugewiesenen Aufgaben ¹⁾. Ebenso legte die Weimarer Verfassung besonderen Wert auf die Unabhängigkeit der Richter ²⁾, bestimmte aber in Art. 103, dem Vorläufer des heutigen Art. 92 GG, lediglich: "Die ordentliche Gerichtsbarkeit wird durch das Reichsgericht und die Gerichte der Länder ausgeübt." Diese Bestimmung war rein formeller Natur. Eine materielle Bestimmung der rechtsprechenden Gewalt traf Art. 103 WV nicht; er setzte vielmehr voraus, daß Inhalt und Umfang der Aufgaben der dritten Gewalt anderweitig - durch gesetzliche Zuweisung - bestimmt wurden ³⁾. In Anlehnung an Art. 103 WV bestimmen auch die Landesverfassungen von Bayern und Rheinland-Pfalz unter Verwendung des Begriffes "richterliche Gewalt" die dritte Gewalt formell ⁴⁾. Süsterhenn-Schäfer und Zinn deduzieren aus dieser geschichtlichen Entwicklung die formelle Bedeutung auch des Begriffes "rechtsprechende Gewalt" in Art. 92 GG ⁵⁾. Sie verstehen unter dem Begriff "rechtsprechende Gewalt" in Art. 92 GG die gesamte durch gerichtliche Organe ausgeübte Staatstätigkeit.

Diese Theorie vermag sich allerdings nicht der Kritik zu erwehren, daß Art. 92 GG bei rein formeller Auslegung "eine sinnlose Tautologie" darstelle, die lediglich besage: "die den Richtern zugewiesenen Aufgaben sind den Richtern anvertraut", was selbstverständlich sei und deshalb keiner grundgesetzlichen Verankerung bedürfe ⁶⁾.

-
- 1) Möllinger, AöR, Bd. 80, S. 278; Menger in Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Bd. III, 2, S. 720 f.
 - 2) Art. 102 WV: "Die Richter sind unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen."
 - 3) Holtkotten, BK, Art. 92 Anm. II 1 b; Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reiches, Art. 103 Anm. I; Möllinger, aaO; RGZ 107, S. 323 f.
 - 4) Art. 5 Abs. 3 Verf. Bayern; Art. 121 Verf. Rheinland-Pfalz; vgl. Hoeger, Bayerisches Verfassungsrecht, S. 125 ff; Süsterhenn-Schäfer, Verf. von Rheinland-Pfalz, 2. Hauptteil, Vorbem. zum 5. Abschnitt.
 - 5) Süsterhenn-Schäfer, aaO; Zinn, DöV 1949, S. 278 ff.
 - 6) Möllinger, aaO, S. 186; Lotze, NJW 1956, S. 154; Gröpl, Zum Begriff der Rechtsprechung, S. 9, 13.

bb) Bei materieller Auslegung bestimmt sich der Begriff der "rechtsprechenden Gewalt" nach der der staatlichen Tätigkeit zugrunde liegenden Materie. Dieser materielle Begriff der rechtsprechenden Gewalt ist nicht an der Kompetenzzuteilung zu messen; vielmehr ist die Kompetenzzuteilung an dem Begriff der materiellen Rechtsprechung, bzw. am Begriff der materiellen Verwaltung ausgerichtet. Nur eine solche materielle Auslegung des Art. 92 GG steht in Einklang mit den übrigen Bestimmungen des Grundgesetzes. Nur sie entspricht dem dem gesamten Grundgesetz wesentlichen Prinzip der Gewaltenteilung, dessen Sinn und Zweck es ist, wie oben dargestellt wurde, den Schutz des Staatsbürgers durch eine auf der Gewaltenbalance beruhende gegenseitige Gewaltenkontrolle zu gewährleisten ¹⁾.

Bei rein formeller Interpretation wäre Inhalt und Umfang der Aufgabe der rechtsprechenden Gewalt von der Kompetenzzuteilung seitens des Gesetzgebers abhängig. Dem Gesetzgeber wäre es möglich, beliebige Materien durch einfaches Gesetz den Gerichten zu entziehen und den Verwaltungsbehörden zuzuweisen. Die Frage ist jedoch, wie Arndt richtig erkennt, "ob in einem geschichtlich bestimmten Staat, dessen Verfassung sich im Prinzip für eine Gewaltenteilung entschieden hat, und diese 'positiviert' hat, seine einfache Gesetzgebung noch frei ist, gewisse Aufgaben auf normative, exekutive oder judizielle Weise lösen zu lassen. Konkret heißt dies, ob die Art. 1 Abs. 3, 19 Abs. 4, 20 Abs. 2 und 3, 92, 79 Abs. 3 GG es erlauben, daß die Gesetzgebung unbeschränkt bestimmt, dies soll von der rechtsprechenden, jenes von der vollziehenden Gewalt getan werden." ²⁾ Eine solche unbeschränkte Kompetenz der Aufgabenverteilung bei der Gesetzgebung würde dadurch, daß die Rechtsprechung auf weiten Gebieten umgangen werden könnte, das Gleichgewicht der Gewalten aufheben. Sie würde die Diktatur der Legislative gegenüber der zu ihr in totaler Abhängigkeit stehenden Rechtsprechung begründen. Damit wäre eine wirksame Gewaltenkontrolle zum Schutze des Bürgers in weiten Bereichen in Frage gestellt. Die rein formelle Interpretation des Art. 92 GG ist daher mit dem Gewaltenteilungsprinzip nicht vereinbar. Der Schutz

1) Für eine materielle Auslegung des Art. 92 GG sind u. a.: Holtkotten, BK, Art. 92 Anm. II 2 b; von Mangoldt, aaO, Art. 92 Vorbem. 3 a; Hamann, aaO, Art. 92 Anm. B I; H. J. Wolff, Verwaltungsrecht I, § 19 II c; Friesenhahn, Festschrift für Thoma, S. 21; Baur, DNotZ 1955, S. 511; Jescheck, JZ 1959, S. 462; Strauß, SJZ 1949, Sp. 525; Nawiasky, Grundgedanken, S. 46; Lefringhausen, Untersuchungen, S. 215; ebenso BVerfG, Urteil vom 6. 6. 1967, DöV 1967, S. 453 = NJW 1967, S. 1219 = MDR 1967, S. 735 = JZ 1967, S. 490 mit Anmerkungen von Menger und Erichson in DVBl. 1968, S. 70 ff.

2) Arndt, NJW 1959, S. 606.

des Bürgers vor staatlichem Machtmißbrauch ist vielmehr erst dann gewährleistet, wenn der Aufgabenbereich der rechtsprechenden Gewalt verfassungsmäßig gesichert ist. Diese Sicherung des materiellen Aufgabenbereiches der rechtsprechenden Gewalt trifft Art. 92 GG. Seine Bedeutung liegt darin, daß er in Ergänzung des Art. 20 Abs. 2 GG die Rechtsprechung zu einer echten, selbständigen, die anderen Gewalten zugleich hemmenden und kontrollierenden Gewalt ausgestaltet ¹⁾. Damit tritt der Wandel, dem die rechtsprechende Gewalt seit Montesquieu, der sie noch als "en quelque façon nulle" bezeichnet ²⁾, bis zur heutigen Verfassung unterworfen war, deutlich zutage.

Inhalt und Umfang der rechtsprechenden Gewalt müssen unter Geltung des Grundgesetzes materiell nach der der Staatstätigkeit zugrunde liegenden Materie bestimmt werden. Die Materie qualifiziert eine staatliche Tätigkeit materiell als Rechtsprechung oder Verwaltung unabhängig davon, welchem staatlichen Organ diese Tätigkeit vom Gesetzgeber zugeordnet worden ist ³⁾. Die Frage, ob die Verhängung von Verwaltungsstrafen zur Rechtsprechung gehört, kann daher nur im Rahmen der Bestimmung des materiellen Rechtsprechungsbegriffes beantwortet werden.

c) Allein mit der Feststellung, daß Art. 92 GG materiell zu interpretieren ist, ist die Problematik dieses Artikels keineswegs erschöpft. Die Feststellung, daß der Begriff "rechtsprechende Gewalt" materiell auszulegen ist, gibt noch keinerlei Aufschluß darüber, welches die Materie ist, die als "rechtsprechende Gewalt" den Richtern anvertraut ist. Da der Gesetzgeber diesbezüglich keinerlei Hinweise gibt, blieb die Definition des materiellen Begriffes der Rechtsprechung

1) Darauf, daß hier in einer gegenüber der bisherigen Verfassungsentwicklung in Deutschland durchaus neuartigen Weise die dritte Gewalt als dritter Machtträger ausgebaut und verselbständigt worden ist, verweist insbesondere Strauß, SJZ 1949, S. 523.

2) Montesquieu, *De l'esprit des lois*, XI. Buch, 6. Kapitel. Zu dieser Sicht der dritten Gewalt sagt Weber, Festschrift für Carl Schmidt, S. 264: "Neben der monarchischen Gewalt und den jung aufstrebenden Kräften der Demokratie der damaligen Zeit hatte die Justiz keine eigene politische Funktion. Die Versuche, sie als Kontrollinstanz über die monarchische Exekutive zu stellen, blieben im Ansatz stecken, und an ein richterliches Prüfungsrecht gegenüber Gesetzen dachte sowieso niemand."

3) Literaturangaben s. S. 80 Anm. 1).

und ihre materielle Differenzierung von der Verwaltung der Literatur und der Rechtsprechung vorbehalten, was zu einer Vielzahl sich widerstreitender Theorien führte ¹⁾. Namhafte Wissenschaftler erklärten das Problem einer materiellen Differenzierung von Rechtsprechung und Verwaltung sogar für unlösbar. ²⁾ Nachfolgend sollen die wesentlichsten Meinungen zu diesem Problemkreis wiedergegeben und kritisiert werden.

Vorausgeschickt sei, daß sich diese Untersuchung allein mit der Abgrenzung der Rechtsprechung gegenüber der Verwaltung im eigentlichen Sinne des Wortes befassen kann. Der auch in den Bereich der zweiten Gewalt gehörende Komplex der Regierung soll, soweit es sich nicht um die Beteiligung an der laufenden Verwaltung durch die Fachministerien, sondern um die eigentliche politische Staats-tätigkeit in der Form der Leitung und Gestaltung des öffentlichen Lebens im ganzen, bzw. in einzelnen Sachbereichen (z. B. Außenpolitik oder Wirtschaftspolitik), handelt, wegen der Eigengesetzlichkeit der politischen Handlungsweise hier unerörtert bleiben ³⁾.

4. KAPITEL

Die in der Literatur vertretenen Meinungen zur materiellen Begriffsbestimmung der Rechtsprechung

1) DIE FESTSTELLUNG DESSEN, WAS RECHTENS IST, ALS KRITERIUM DER RECHTSPRECHUNG. DIE THEORIE FLUME'S

Ausgehend von der Behauptung, Rechtsanwendung und Handeln in eigener Initiative seien sich ausschließende Gegensätze, unterscheidet Flume die Rechtsprechung von der Verwaltung durch das Kriterium der Rechtsanwendung, bzw. der

-
- 1) Literatur zu diesem Theorienstreit wird zu den einzelnen Theorien, die nachfolgend besprochen werden, angegeben.
 - 2) Menger, System, S. 50; VerwArch. 1959, S. 193 ff; Scheuner, VVDStRL, H. 14, S. 181, 186; Bachof, VVDStRL, H. 14, S. 174, 178; Kelsen, Justiz und Verwaltung, S. 5, 7; Merkl, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 42.
 - 3) Vgl. dazu H. J. Wolff, Verwaltungsrecht I, § 18; Scheuner, Festschrift für Smend, S. 276.

cognitiven Feststellung dessen, was Rechtens ist ¹⁾. Flume behauptet: Wo immer Recht angewendet werde, mit dem Anspruch, es sei Recht, müsse es "mit den verbundenen Augen der iustitia" geschehen, weil es um nichts anderes gehe, als um das objektive Recht ohne Ansehung der Person ²⁾. Der Verwaltung sei dagegen das Handeln in eigener Initiative wesentlich. Dies unterscheide sie von der Rechtsprechung; denn das Handeln in eigener Initiative könne niemals Anwendung von Recht sein. Wo das Recht wirke, könne es eine eigene Entscheidung nicht geben, weil das Recht entscheide. Die Verwaltung sei zwar staatliches Handeln im Rahmen von Gesetzen; dies Handeln könne jedoch erst dann einer rechtlichen Beurteilung unterworfen werden, wenn der vom Recht gesetzte Spielraum überschritten werde. Es sei daher keine Rechtsanwendung und damit deutlich von der rechtsanwendenden Rechtsprechung unterschieden ³⁾.

Gegen diese Aufspaltung des gesamten Rechtsgebietes in die beiden Normenkomplexe der Handlungs- und der Entscheidungsnormen wendet sich zu Recht Klein ⁴⁾. Initiative und Norm sind keine sich ausschließenden Gegensätze. Initiative zu Eingriffen in Recht und Freiheit darf die Verwaltung nur entfalten, wenn und soweit ihr das Gesetz dazu Auftrag und Vollmacht erteilt ⁵⁾. Das Moment der Rechtsanwendung gehört zum überkommenen, allgemein anerkannten Begriff der Verwaltungstätigkeit ⁶⁾. Allerdings wird man dieses Moment der Rechtsanwendung im Bereich der Verwaltung nicht wie Thoma darin sehen können, daß jede Verwaltungsbehörde bereits in der Bejahung der eigenen Zuständigkeit durch Subsumtion einer allgemeinen Rechtsnorm eine rechtsanwendende Entscheidung trifft ⁷⁾. Zu Recht weist Friesenhahn darauf hin, daß es sich bei der Feststellung der eigenen Zuständigkeit zwar um eine Subsumtion eines konkreten Tatbestandes

-
- 1) Flume, Festschrift für Smend, S. 77 ff. Die Lehre Flume's baut auf der unten (S. 113 ff.) dargestellten Theorie der Abgrenzung von Rechtsprechung und Verwaltung nach dem sogenannten psychologischen Verhältnis der staatlichen Organe zum Gesetz auf. Sie wird wegen ihrer extremen Position und der von ihr gezogenen Konsequenzen gesondert behandelt.
 - 2) Flume, aaO, S. 81.
 - 3) Flume, aaO, S. 77.
 - 4) Klein, Fin. Arch. 1953, 54, S. 8; gegen Flume auch Bettermann, Gedächtnisschrift für Jellinek, S. 375 f.
 - 5) Bettermann, aaO.
 - 6) So insbesondere Menger, System, S. 25 ff (29).
 - 7) Thoma, Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Bd. II, S. 128 f.

unter eine abstrakte Norm handelt, daß aber dieser Feststellung keine eigene Bedeutung zukommt, sie vielmehr nur "Vorspiel zu dem Staatsakt, den das betreffende Organ setzen will, und auf dessen Eigenart es für die materielle Unterscheidung der Staatstätigkeiten allein ankommen kann", ist ¹⁾. Von einer Rechtsanwendung, wie sie die Tätigkeit der Rechtsprechung charakterisiert, läßt sich nur sprechen, wenn es um die inhaltliche Feststellung oder Gestaltung eines Sachverhaltes nach Maßgabe einer Rechtsnorm geht ²⁾. Jedoch ist auch diese echte Rechtsanwendung, d. h. die Anwendung des Rechts zur inhaltlichen Gestaltung eines Sachverhalts, dem Bereich der Verwaltung wesentlich. Zwar regelt die Rechtsordnung häufig nur die rechtlichen Voraussetzungen für die Tätigkeit der Verwaltung, so daß diese zu Recht als freie Tätigkeit im Rahmen der Gesetze bezeichnet werden kann; doch ist das Verwaltungshandeln auch ebenso häufig durch Gesetz oder Verordnung vollkommen festgelegt, so daß die Verwaltung das Verhalten der Bürger lediglich am Maßstab von Normen zu prüfen und das Ergebnis dieser Prüfung dem Bürger gegenüber autoritativ festzusetzen hat. Auch das Verwaltungshandeln kann also ein Akt konkreter, rechtlich gebundener Rechtsverwirklichung sein ³⁾. Auch die öffentliche Verwaltung übt also "iuris dictio", d. h. Rechtsanwendung auf den konkreten Einzelfall, aus ⁴⁾. Dabei ist es auch nicht möglich, die Rechtsanwendung der Verwaltung lediglich als gestaltende Tätigkeit, die Rechtsanwendung der Rechtsprechung dagegen als lediglich rechtsfeststellend zu bezeichnen; denn einerseits gibt es rein rechtsfeststellende Akte der Verwaltung, wie z. B. den Steuerbescheid ⁵⁾; andererseits gibt es auch gestaltende Akte der Rechtsprechung, wie z. B. das Ehescheidungsurteil.

Eine Trennung von Rechtsprechung und Verwaltung danach, daß nur die Rechtsprechung eigentlich Recht anwende, bzw. daß nur sie feststelle, was Rechtens ist, läßt sich also, da das Moment der Rechtsanwendung auf einen konkreten Sachverhalt, bzw. der Feststellung dessen, was Rechtens ist, sowohl der Rechtsprechung als auch weiten Bereichen der Verwaltung wesentlich ist, nicht treffen ⁶⁾.

1) Friesenhahn, Festschrift für Thoma, S. 22 ff.

2) Friesenhahn, aaO.

3) Huber, Wirtschafts- und Verwaltungsrecht, Bd. II, S. 583; Friesenhahn, aaO, S. 23 f.

4) H. J. Wolff, aaO, § 19 I a 1; Menger, System, S. 29.

5) Huber, aaO; Friesenhahn, aaO.

6) H. J. Wolff, aaO; Menger, aaO, S. 25 ff; Huber, aaO; Friesenhahn, aaO; Bettermann, Gedächtnisschrift für Jellinek, S. 365, 376; Fleiner, Institutionen, S. 7; Salzmann, Die beschleunigte Ahndung, S. 77.

2) DIE RECHTSPRECHUNG ALS VERSELBSTÄNDIGTER AUSSPRUCH DESSEN, WAS RECHTENS IST. DIE LEHRE THOMA'S

Einen Schritt weiter als die Lehre Flume's geht die etwas ältere Lehre Thoma's ¹⁾. Nach Thoma ist Rechtsprechung im materiellen Sinne des Wortes der "verselbstständige Ausspruch dessen, was bei Anwendung des geltenden Rechtes auf einen konkreten Einzelfall Rechtens ist, durch eine staatliche Autorität" ²⁾.

Thoma glaubt, indem er dem Kriterium der Rechtsanwendung zur Feststellung dessen, was im Einzelfall Rechtens ist, das Kriterium des verselbständigten Ausspruches hinzufügt, eine materielle Definition der Rechtsprechung gefunden zu haben. Ausgehend von der These, daß in jedem staatlichen rechtmäßigen Rechtsakt Elemente aller drei Staatsfunktionen, nämlich ein aus zulässigem Ermessen entspringendes rechtsgestaltendes (insofern legislatorisches), ein rechtmäßig vollziehendes (exekutivisches) und ein über die Anwendung einer allgemeinen Rechtsnorm auf einen konkreten Fall entscheidendes (insofern iurisdictionelles) Element, vorhanden sei ³⁾, läßt er für die Differenzierung der einzelnen Funktionen den jeweiligen Hauptzweck des Rechtsaktes maßgebend sein ⁴⁾. Zur Rechtsprechung seien danach die überwiegend der Vollziehung allgemeiner Normen dienenden Staatsakte zu rechnen, deren Hauptzweck und -wirkung der Ausspruch dessen sei, was bei Anwendung der allgemeinen Normen auf einen konkreten Tatbestand Rechtens ist. Dies Überwiegen des rechtsprechenden Elementes könne sich nur dadurch manifestieren, daß der Ausspruch dessen, was Rechtens ist, verselbstündigt und von den vorausgehenden und den nachfolgenden Vollziehungsakten abgetrennt sei ⁵⁾. Es sei also die Verselbständigung der Entscheidung, die die Rechtsanwendung zur Rechtsprechung mache. Diese Verselbständigung beruhe auf "prozessualen und organisatorischen Vorkehrungen, die der Gesetzgeber treffen oder unterlassen kann" ⁶⁾.

Damit ist bereits angedeutet, daß die Abgrenzung Thoma's sich nicht an materiellen Kriterien orientiert, sondern auf die positive Ausgestaltung des Verfahrens

1) Thoma, aaO, S. 108 ff.

2) Thoma, aaO, S. 129; ähnlich: Jerusalem, Staatsgerichtsbarkeit, S. 4.

3) Thoma, aaO, S. 128.

4) Thoma, aaO, S. 129.

5) Thoma, aaO, S. 129.

6) Thoma, aaO, S. 129.

durch den Gesetzgeber abstellt. Da Thoma keinerlei Hinweise dafür gibt, wann der Rechtsausspruch seiner Ansicht nach "zu verselbständigen" ist, ist ihm nicht die zu bearbeitende Materie, sondern die positiv rechtliche Ausgestaltung des Verfahrens durch den Gesetzgeber entscheidendes Kriterium. Nicht aus der Materie selbst, sondern aus der Ausgestaltung durch den Gesetzgeber bestimmt Thoma den Begriff der Rechtsprechung. Wann der Gesetzgeber aber eine Materie zur Rechtsprechung auszugestalten und wann er sie der Verwaltung zuzuordnen hat, läßt sich der Theorie Thoma's nicht entnehmen. Thoma bestimmt den Begriff der Rechtsprechung also - trotz gegenteiliger Behauptung ¹⁾ - nur formell ²⁾. Für die Neuordnung einer bestimmten staatlichen Aufgabe in den Bereich der Organe der Rechtsprechung oder der Verwaltung gibt diese Theorie materiell keine Richtlinien.

3) DAS KRITERIUM DER RECHTSKRAFT ALS MERKMAL DER RECHTSPRECHUNG. DIE THEORIE ARNDT'S

War es bei Thoma die Verselbständigung des Rechtsspruches, die als wesentliches Kriterium der Rechtsprechung angesehen wurde, so ist es bei Arndt die Rechtskraft des Rechtsspruches. Arndt definiert die Rechtsprechung als "verselbständigte, mittels Repräsentation ausgeübte Staatstätigkeit, die für eine - in der Verwirklichung eines bestimmten Sachverhalts begründete - Berechtigung Rechtskraft wirkt, d. h. die Berechtigung als gültig (sogar gesetzesfest) qualifiziert" ³⁾.

Diese Definition der Rechtsprechung ist jedoch, ebenso wie diejenige Thoma's, keine rein materielle. Die Rechtskraft ist nach Arndt eine Auswirkung der durch

1) Thoma, aaO, S. 4 ff.

2) Friesenhahn, aaO, S. 29; Menger, System, S. 37; H.J. Wolff, Verwaltungsrecht I, § 19 I a 2. Zweifel an der Materialität der eigenen Theorie bei Thoma, aaO, S. 129. Darauf, daß nach der bestehenden Rechtsordnung auch eine Anzahl gebundener Verwaltungsakte nach der Definition Thoma's materiell der Rechtsprechung zuzuordnen sein müßten, weist insbesondere hin: Menger, System, S. 37.

3) Arndt, NJW 1959, S. 605 ff (607); ähnlich: derselbe, Festschrift für Carlo Schmid, S. 15: "Rechtsprechende Gewalt heißt: rechtskraftwirkende Entscheidung durch Wahrheits- und Rechtsprüfung um der Gewißheit willen."

Art. 97 Abs. 1 GG garantierten richterlichen Unabhängigkeit; diese wirke sich dahin aus, daß das richterliche Urteil nicht durch Gesetz aufgehoben oder geändert werden könne ¹⁾. Die gesetzesfeste Rechtskraft ist also nach Arndt davon abhängig, daß die ihr zugrunde liegende Entscheidung durch einen Richter getroffen worden ist. Zwar trifft es zu, wenn Arndt zur Begriffsbestimmung der Rechtsprechung zusammenfassend sagt: "Der gewaltenteilige freiheitlich-soziale Rechtsstaat kann nicht ohne Staatsorgane auskommen, deren verselbständigter Selbstzweck es ist, durch eine - die Wahrheitsfeststellung einschließende - Kontrolle des Rechts Ungewißheiten zu 'richten', die daraus erwachsen, daß subjektive Rechte und Kompetenzen sich gegenseitig in die Quere kommen." ²⁾ Die Vielzahl dieser Gegensätze könnten zu einer widerspruchslosen Einheit zusammengefügt werden "nur durch eine allen gegenüber selbständige Instanz, die mit keinem Sonderinteresse beauftragt ist und ausschließlich der Wahrheits- und Rechtskontrolle dient mit der Befugnis, daß sie durch die Rechtskraft jedermann und alle Staatsorgane, die Staatsgewalt als Gesamtheit, verpflichten kann" ³⁾. Es handelt sich hier jedoch trotz der gegenteiligen Ansicht Arndt's ⁴⁾ nicht um eine materielle Bestimmung der Rechtsprechung. Allein aus der Rechtskraftwirkung heraus, die nach Arndt nur einer richterlichen Entscheidung zukommt, läßt sich eine materielle Grenzziehung zwischen den der Rechtsprechung und den der Verwaltung zu übertragenden Aufgaben nicht finden. Die Frage, wann der Richter tätig werden soll, welche staatlichen Aufgaben ihm von der Gesetzgebung zuzuordnen sind, in welchen Fällen eine gesetzesfeste Rechtskraft durch Richterspruch sachgerechterweise herbeizuführen ist, läßt sich unter dem Gesichtspunkt der gesetzesfesten Rechtskraft als Kriterium der Rechtsprechung nicht beantworten ⁵⁾.

- 1) Arndt, aaO, S. 606. Dazu, daß Verwaltungsakte zum Teil auch materiell rechtskräftig werden, jedoch nicht gesetzesfest werden können, siehe Arndt, aaO, S. 606; Bettermann, Gedächtnisschrift für Jellinek, S. 380; H. J. Wolff, aaO, § 52 III a; Forsthoff, Verwaltungsrecht, § 13, 1.
- 2) Arndt, Festschrift für Carlo Schmid, S. 15.
- 3) Arndt, aaO.
- 4) Arndt, NJW 1959, S. 607.
- 5) Arndt greift daher auch in einigen Fällen der Differenzierung der Rechtsprechung gegenüber der Verwaltung auf die Elemente der "Entscheidungsbedürftigkeit" und der "Rechtsstaatlichkeit" zurück (Festschrift für Schmid, S. 12, 14). Damit nähert er sich der unten (S. 116 ff.) erarbeiteten Differenzierung von Rechtsprechung und Verwaltung am Kriterium des Rechtsschutzgedankens an.

4) DIE RECHTSPRECHUNG ALS RECHTSSTREITENTSCHEIDUNG. DIE LEHRE FRISENHAHN'S

a) Tiefer in die Materie als die bisher besprochenen Abgrenzungsversuche dringt die Lehre Friesenhahn's ¹⁾ ein. Friesenhahn definiert die Rechtsprechung als "Tätigkeit eines staatlichen Organs, das als unbeteiligter Dritter mit obrigkeitlicher Gewalt ausspricht, was bei Anwendung der allgemeinen Rechtsnormen auf einen konkreten Tatbestand Rechtens ist, um einen Rechtsstreit zwischen zwei Parteien zu entscheiden" ²⁾. Nicht das Moment der Rechtsanwendung unterscheidet die Rechtsprechung von der Verwaltung - Rechtsanwendung auf den konkreten Sachverhalt sei Aufgabe beider Gewalten -, sondern die Eigenart der Gesetzesanwendung in der Rechtsprechung und Verwaltung ³⁾. Die Eigenart der Gesetzesanwendung im Bereich der Verwaltung bestehe darin, daß sie erfolge zur inhaltlichen Feststellung und Gestaltung eines Rechtsverhältnisses zwischen Staat und Bürger. Der rechtsanwendende Beamte repräsentiere im Verhältnis zwischen Staat und Bürger den Staat und wende daher das Recht in eigener Sache an ⁴⁾. Die Eigenart der Gesetzesanwendung im Bereich der Rechtsprechung bestehe darin, daß der Richter nicht wie der Verwaltungsbeamte das Recht in einem Rechtsverhältnis zwischen Staat und Bürger anwende, in dem der Richter den Staat repräsentiere, sondern daß er das Recht auf einen Sachverhalt anwende, an dem der Staat, soweit er sich in der richterlichen Autorität verkörpert, nicht beteiligt sei ⁵⁾. Die richterliche Rechtsanwendung erfolge nicht, um einen Anspruch des Staates gegenüber dem Bürger durchzusetzen oder einen Anspruch des Bürgers gegen den Staat zu erfüllen; der Richter wende das Gesetz vielmehr rein im Dienste des objektiven Rechts an, um als unbeteiligter Dritter den Beteiligten zu sagen, was Rechtens ist. Diese Form der Rechtsanwendung sei Rechtsprechung. Sie setze als notwendig voraus, daß zwei Parteien vor dem Richter stritten ⁶⁾. Materielles Kriterium der Rechtsprechung sei also die Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten durch Rechtsanwendung ⁷⁾.

1) Friesenhahn, Festschrift für Thoma, S. 23 ff.

2) Friesenhahn, aaO, S. 27.

3) Friesenhahn, aaO, S. 25.

4) Friesenhahn, aaO, S. 25.

5) Friesenhahn, aaO, S. 26.

6) Friesenhahn, aaO, S. 27.

7) Friesenhahn, aaO, S. 27; ebenso: Bötticher, ZZP, Bd. 51, S. 207; Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 153 f; Mattern, StuW 1950, S. 1358 f; Nawiasky, Staatslehre, S. 59; Loppuch, NJW 1953, S. 1226 ff; Kern, HdbDStR II, S. 475.

b) Gegen diese Differenzierung von Rechtsprechung und Verwaltung durch das Kriterium der Rechtsstreitentscheidung durch Friesenhahn wird vor allem vorgebracht, eine solche Definition der Rechtsprechung sei zu eng, da sich der Tätigkeitsbereich der Rechtsprechung nicht abschließend mit dem Kriterium der Rechtsstreitentscheidung erfassen ließe. Es gäbe nämlich eine Reihe von zur Rechtsprechung gehörenden staatlichen Aufgaben, die nicht Streitentscheidung seien ¹⁾.

c) Eine Stellungnahme zu der Lehre Friesenhahn's und den gegen sie geäußerten Bedenken setzt die Definition des von Friesenhahn zur Differenzierung von Rechtsprechung und Verwaltung verwandten Begriffe "Rechtsstreitentscheidung" voraus.

Nach Friesenhahn entsteht ein Rechtsstreit aus einem Rechtsverhältnis zwischen Rechtssubjekten, kraft dessen das eine Rechtssubjekt dem anderen gegenüber etwas tun oder nicht tun soll, darf oder kann ²⁾. Prinzipielle Voraussetzung eines Rechtsstreites ist also, daß das objektive Recht rechtliche Beziehungen subjektiviert und einem Rechtssubjekt die Befugnis erteilt, seinen Rechtskreis gegen den des anderen zu verteidigen. Auf der Grundlage dieser rechtlichen Beziehungen entsteht ein Rechtsstreit dann, wenn das eine Rechtssubjekt vom anderen etwas verlangt, und dieses sich weigert, diesem Verlangen nachzukommen ³⁾. Eine solche Kontroverssituation enthält notwendigerweise einen Interessengegensatz der Parteien ⁴⁾. Dieser Interessengegensatz wird dem Richter in der Form von Anspruch und Bestreiten zur Entscheidung vorgelegt. Der Richter hat dann als unbeteiligter Dritter durch Anwendung der allgemeinen Rechtsnormen auf den konkreten Einzelfall über die Berechtigung von Anspruch und Bestreiten zu ent-

1) Flume, Festschrift für Smend, S. 78; Menger, System, S. 40 ff; Bettermann, Gedächtnisschrift für Jellinek, S. 370; Arndt, DNotZ 1955, S. 510; Müller-Tochtermann, DRiZ 1956, S. 4; Scheuner, DVBl 1952, S. 296.

2) Friesenhahn, aaO, S. 36 f.

3) Friesenhahn, aaO; BVerfGE 2, S. 156: "Im Begriff der Rechtsstreitigkeit liegt, daß demjenigen, der ein Recht behauptet, sein Recht von einem anderen streitig gemacht wird. Eine Rechtsstreitigkeit setzt also zwei Beteiligte voraus, die miteinander in einer rechtlichen Beziehung stehen."

4) Graf zu Dohna, Strafprozeßrecht, S. 4: "Das Vorhandensein eines Interessengegensatzes ist Voraussetzung eines materiellen Rechtsstreites." Flume, Festschrift für Smend, S. 79: "Streit setzt entgegengesetzte subjektive Interessen voraus."

scheiden, um so den Interessengegensatz zu einem gerechten Ausgleich zu bringen. Bei der Entscheidung eines Rechtsstreits müssen also notwendigerweise mindestens drei Rechtssubjekte vorhanden sein, nämlich zwei in einem Interessengegensatz stehende, streitende Parteien und ein unbeteiligter Dritter, der den Rechtsstreit entscheidet ¹⁾.

d) Unbestreitbar besteht der größte Teil der staatlichen Rechtsprechungstätigkeit in der Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten. Diese Feststellung gilt zunächst für die Zivilrechtsprechung; sie gilt aber auch für die Verwaltungs-, Finanz-, Arbeits- und Sozialrechtsprechung. Gegenstand des Verfahrens ist hier fast ausnahmslos ein bestimmtes, auf der Grundlage von rechtlichen Beziehungen beruhendes Verlangen der einen Partei gegenüber der anderen, dem nachzukommen die andere sich weigert. In diesen Fällen stehen sich zwei in einem echten Interessengegensatz zueinander befindliche Parteien mit gegensätzlichen Anträgen vor dem unbeteiligten Richter gegenüber. Der Richter hat also über einen echten Rechtsstreit zu entscheiden.

e) Streit besteht jedoch darüber, ob auch die Rechtsprechung der Strafgerichte als Streitentscheidung angesehen werden kann ²⁾.

aa) Nach Friesenhahn ist der Strafprozeß ein Streitverfahren ³⁾. Friesenhahn ist der Meinung, die Stellung von Staatsanwaltschaft und Angeklagtem im Strafverfahren entspreche der von Kläger und Beklagtem im Zivilverfahren. Der Staatsanwalt streite als Vertreter des Staates mit dem Angeklagten um das subjektive Recht des Staates zu strafen. Der Staat trete also, anders als im Zivilverfahren, im Strafprozeß in doppelter Rolle auf; einmal als Richter, sodann aber auch als Kläger, der durch den Staatsanwalt vor dem staatlichen Gericht die Entscheidung über das Bestehen des materiellen staatlichen Strafrechts im Einzelfall betreibe. Gegenstand der Entscheidung sei also ein echter Streit zwischen Staatsanwalt und Angeklagtem.

1) Friesenhahn, aaO, S. 27.

2) Dieser Streit besteht seit der Schaffung der StPO. Vgl. R. von Hippel, Der Deutsche Strafprozeß, S. 224 ff; Menger, System, S. 40 ff; Eberhard Schmidt, Lehrkommentar zu StPO und GVG, Bd. I, S. 78 ff.

3) Friesenhahn, aaO, S. 44; ebenso von Hippel, aaO.

bb) Die Gegenmeinung ist der Ansicht, das Strafverfahren sei kein echtes Streitverfahren¹⁾. Der Staatsanwalt sei materiell nicht Partei des Strafprozesses. Er habe als "Wächter des Gesetzes" lediglich die Aufgabe, "bei dem Verfahren gegen den Angeklagten von Anfang an dahin zu wirken, daß überall dem Gesetze Genüge geschehe"²⁾. Er sei ebenso sehr zum Schutze des Angeklagten wie zu einem Auftreten wider denselben verpflichtet. Der Staatsanwalt habe, genauso wie das Gericht, seine gesamte Verfolgungstätigkeit und Mitwirkung im Verfahren in unbedingter Intention auf Wahrheit und Gerechtigkeit durchzuführen. Er stehe also dem Beschuldigten nicht als Gegenpartei gegenüber, sondern habe, wenn Wahrheit und Gerechtigkeit es erforderten, auch für ihn einzutreten, etwa durch Beantragung seiner Freisprechung oder Einlegung eines Rechtsmittels zu seinen Gunsten.

cc) In der Tat ist der Strafprozeß materiell kein echtes Streitverfahren zwischen dem Staatsanwalt und dem Angeklagten³⁾. Es fehlt an einem notwendigen Interessengegensatz zwischen den Parteien des Verfahrens. Die Staatsanwaltschaft ist im deutschen Strafprozeß, anders als im anglo-amerikanischen Rechtskreis, materiell keine echte Partei, die mit dem Delinquenten einen Rechtsstreit um das angebliche Strafrecht des Staates ausführt⁴⁾. Vielmehr hat die Staatsanwaltschaft kraft ihres Amtes "als Wächter des Gesetzes"⁵⁾ ebenso wie der Richter die Aufgabe der Wahrheitsfindung und der Rechtsverwirklichung, derzufolge sie verpflichtet ist, auch zugunsten des Angeklagten zu wirken⁶⁾. Bei einer Vielzahl von strafgerichtlichen Verfahren liegt daher ein Interessengegensatz, und damit Streit, zwischen Staatsanwalt und Angeklagtem nicht vor. Dies ist besonders deutlich, wenn der Staatsanwalt die Einstellung des Verfahrens beantragt oder auf Freispruch plädiert, oder wenn er Berufung zugunsten des Angeklagten einlegt⁷⁾. Echter Streit liegt aber auch dann nicht vor, wenn der Angeklagte

1) So insbesondere Eberhard Schmidt, aaO, S. 78 ff, unter Berufung auf das Promemoria von Savigny und Uhden, vom 23. 3. 1846 und Otto, Der Preußische Staatsanwalt, 1899, S. 40 ff.

2) Menger, aaO.

3) Arndt, Festschrift für Schmid, S. 12; Menger, System, S. 40 ff; Bachof, VVDStRL, H. 14, S. 178 f; Flume, Festschrift für Smend, S. 78.

4) H. J. Wolff, aaO, § 19 I b 2.

5) Promemoria der Preußischen Minister, von Savigny und Uhden, vom 23. 3. 1846, zitiert nach Eberhard Schmidt, MDR 1951, S. 2.

6) § 160 Abs. 2 StPO.

7) § 296 Abs. 2 StPO.

von vornherein geständig ist und allenfalls um eine milde Strafe bittet, oder wenn Staatsanwaltschaft und Angeklagter sonst von vornherein gleichlautende Anträge stellen. Zwar sind wie im Zivilverfahren auch im Strafverfahren die Funktionen der Anklage, der Verteidigung und der Beurteilung auf drei verschiedene Personen, nämlich Staatsanwalt, Angeklagten und Richter, verteilt, so daß formell durch Anklage und Verteidigung eine Verhandlung zweier Parteien vor dem Richter stattfindet. Aber diesen beiden "Parteien" fehlt das charakteristische Merkmal des Rechtsstreits; es fehlt der notwendige Interessengegensatz ¹⁾. Die Staatsanwaltschaft ist also materiell nicht Partei; sie ist vielmehr ein dem Richter zur Wahrheitsfindung und zur Rechtsverwirklichung nebengeordnetes staatliches Organ ²⁾. Dem entspricht die Ausgestaltung des strafgerichtlichen Verfahrens. Dieses muß auch bei übereinstimmenden Anträgen von Staatsanwalt und Angeklagtem, wenn also ein Streit mit Sicherheit nicht vorliegt, vor dem Richter durchgeführt werden. Die Staatsanwaltschaft kann, anders als die streitende Partei im Zivilverfahren, über den "Streitgegenstand" nicht durch Vergleich, Rücknahme oder Verzicht befinden. Sie kann die Bestrafung der Höhe nach nicht begrenzen und ist zur Klageerhebung verpflichtet. Gegenstand des Verfahrens ist nicht das Begehren des Staatsanwalts, der Bestrafung des Angeklagten verlangt, und die Weigerung des Angeklagten, diesem "Anspruch" nachzukommen, sondern die Tat als solche ³⁾. Der Richter ist daher, anders als im üblichen Streitverfahren an die Anträge von Staatsanwalt und Angeklagtem, selbst wenn diese übereinstimmen, nicht gebunden, sondern er trifft die Entscheidung nach seiner freien Überzeugung auf der Grundlage des Gesetzes ⁴⁾. Sein Urteil entscheidet nicht über einen streitigen Strafanspruch, sondern es spricht die Bestrafung selbst aus und befindet über Art und Ausmaß der Vollstreckung ⁵⁾. Das Strafverfahren der StPO ist mit-

- 1) Graf zu Dohna, aaO, S. 4; Menger, System, S. 41 sagt dazu: "Die 'kontradiktorische' Ausgestaltung des Prozesses, die sogenannte 'Waffengleichheit' zwischen Staatsanwaltschaft und Angeklagtem bzw. Verteidiger ist nur das Mittel, um dem Richter die Erreichung des Prozeßzieles; die optimale Erforschung der materiellen Wahrheit zu erleichtern, ihn aus dem psychologischen Interessenkonflikt des Inquisitionsverfahrens zu befreien und seine Neutralität zu gewährleisten."
- 2) Menger, aaO; Eberhard Schmidt, MDR 1951, S. 2, 3, 7; Staatsanwalt und Gericht, S. 284 ff; Flume, aaO, S. 79; H. J. Wolff, aaO.
- 3) H. J. Wolff, aaO.
- 4) §§ 206, 261, 264 StPO.
- 5) H. J. Wolff, aaO; ähnlich; Menger, System, S. 42: "Der Richter gibt nicht etwa dem Staatsanwalt oder dem Verteidiger Recht, indem er der Klage 'stattgibt' oder sie 'abweist', sondern er verurteilt oder spricht frei."

hin nicht die Entscheidung eines materiellen Rechtsstreites ¹⁾).

f) Auch der Komplex der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung enthält Bereiche, die nicht Streitentscheidung sind.

aa) Dies ist unstreitig im Verfahren der abstrakten Normenkontrolle des Art. 92 Abs. 1 Nr. 2 GG der Fall ²⁾. Voraussetzung dieses Verfahrens ist nicht ein Rechtsstreit; es genügen vielmehr Meinungsverschiedenheiten und sogar einfache Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes. Die Entscheidung ergeht nicht über eine auf einem Interessengegensatz beruhende Kontroverssituation. In diesem rein objektiven Verfahren gibt es keinen Beklagten ³⁾. Das Verfahren setzt zwar einen Antrag voraus; der Antragsteller braucht aber weder eine Beeinträchtigung ihm zustehender Rechte darzutun noch einen Gegner zu bezeichnen, den er in Anspruch nehmen will ⁴⁾.

bb) Ebenso ist das Verfahren der konkreten Normenkontrolle des Art. 100 GG ein streitloses Verfahren. Hier entscheidet das Bundesverfassungsgericht auf Antrag eines Gerichtes über die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes (Art. 100 Abs. 1 GG), über die Zugehörigkeit einer Völkerrechtsregel zum Bundesrecht (Art. 100 Abs. 2 GG) und darüber, ob ein Verfassungsgericht eines Landes von der Entscheidung eines anderen Verfassungsgerichtes abweichen darf (Art. 100 Abs. 3 GG). Auch hier gibt es keinen Beklagten und somit keinen auf einem Interessengegensatz beruhenden Streit zwischen zwei Parteien, über den durch Urteil zu entscheiden wäre.

cc) Schließlich ist auch das sogenannte Organstreitverfahren des Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG ein streitloses ⁵⁾. Das Vorliegen eines Streites ist zwar Voraussetzung

- 1) Schönke-Schröder-Niese, ZPO, § 11 Anm. IV 3 a; H.J. Wolff, aaO; Flume, aaO, S. 79 ff; Menger, aaO, S. 42; Müller-Tochtermann, DRiZ 1956, S. 5; ähnlich: Mattern, StuW 27, S. 359.
- 2) Friesenhahn, aaO, S. 62. Friesenhahn bezeichnet das Verfahren der abstrakten Normenkontrolle allerdings als "einen nicht notwendigen Bestandteil der rechtsprechenden Gewalt". Menger, aaO, S. 44; von Mangoldt, aaO, Art. 93 Anm. 4; Hamann, aaO, Art. 93 Anm. C 2; BVerfGE 2, S. 151.
- 3) Holtkotten, BK, Art. 92 Anm. II B 2 c β.
- 4) BVerfGE 2, S. 151.
- 5) von Mangoldt, aaO, Art. 93 Anm. 3; Menger, aaO, S. 45; Friesenhahn, aaO, S. 56; BVerfGE 2, S. 155.

dieses Verfahrens; das Bundesverfassungsgericht entscheidet jedoch nur aus Anlaß dieses Streites über die Auslegung des Grundgesetzes ¹⁾. Das Bundesverfassungsgericht hat hier nicht den zwischen Bundesorganen und anderen Organen bestehenden Streit, sondern nur eine Vorfrage, und zwar im Sinne einer in ihrem möglichen Inhalt genau umgrenzten abstrakten Normenentscheidung, zu entscheiden ²⁾. Die Beilegung des Streites selbst kann nicht Aufgabe der Verfassungsgerichte sein. In einer großen Zahl von Fällen würde es sich dabei nämlich um echte politische Entscheidungen handeln, um Fragen, die nur durch die dazu berufenen politischen Organe entschieden werden könnten, und die den Rahmen der Rechtsprechungsfunktion hierbei weit überschreiten würden ³⁾.

g) Auch im Bereich der zivilgerichtlichen Rechtsprechung gibt es Urteile, die nicht Streitentscheidung sind. Verzichts-, Anerkenntnis- und Versäumnisurteile sind - genau genommen - keine streitentscheidenden Urteile. Ihnen liegen widerstreitende Anträge der Parteien nicht zugrunde; vielmehr entscheidet der Richter hier auf Grund einseitigen Antrages bzw. übereinstimmender Anträge ⁴⁾. Zwar haben sich hier die Parteien zu Beginn des Verfahrens mit gegensätzlichen Anträgen gegenübergestellt ⁵⁾, auch wird in diesem Verfahren das subjektive Recht einer Partei gegen die andere durch Urteil festgestellt ⁶⁾; jedoch entscheidet das Urteil hier nicht einen zwischen den Parteien bestehenden Streit, sondern es fixiert eine zwischen den Parteien herrschende Einigung ⁷⁾. Die beiden sich vor dem Richter gegenüberstehenden Parteien befinden sich zur Zeit der Entscheidung nicht im Streit über die dem Urteil zugrunde liegenden Fragen. Vielmehr verzichtet der Kläger im Verfahren auf den Klageanspruch, oder der Beklagte erkennt die gegen ihn geltend gemachte Forderung an, oder aber der Verzicht bzw. das An-

1) BVerfGE 2, S. 155.

2) Friesenhahn, aaO, S. 56.

3) von Mangoldt, aaO.

4) §§ 306, 307, 330, 331 ZPO; vgl. auch Rosenberg, ZPO, S. 1 f.

5) Dies sieht Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 584, als entscheidendes Kriterium der Streitentscheidung an.

6) Darauf stellt Gröpl, Zum Begriff der Rechtsprechung, S. 51 ff, ab: "Im Wege einer 'generalisierenden Begriffsbildung' kann man immer dann, wenn es sich um die Geltendmachung von Rechten einer Partei gegen die andere handelt, von einem Streitverfahren sprechen."

7) Diese wird beim Versäumnisurteil gesetzlich fingiert (§§ 330, 331 ZPO).

erkenntnis wird im Falle des Nichterscheins einer Partei gesetzlich fingiert. Es handelt sich hier also nicht um echte Streitentscheidung ¹⁾.

h) Faßt man die Ergebnisse der zur Lehre Friesenhahn's angestellten Untersuchungen zusammen, so ist festzustellen, daß die Definition der Rechtsprechung als Rechtsstreitentscheidung der Sache nicht völlig gerecht wird.

aa) Eine Definition der Rechtsprechung, die für den Bereich der gesamten strafgerichtlichen Rechtsprechung sowie für die verfassungsgerichtlichen Verfahren der abstrakten und der konkreten Normenkontrolle und der Organstreitigkeiten, ebenso wie für Verzichts-, Anerkenntnis- und Versäumnisurteile, nicht zutrifft, kann nicht für sich in Anspruch nehmen, eine abschließende Bestimmung zu geben. Die Zugehörigkeit der strafgerichtlichen Entscheidung zur Rechtsprechung ist ernstlich nicht bestreitbar ²⁾. Diese gehört seit jeher zu den typischen richterlichen Aufgaben und damit zur Rechtsprechung. Auch die abstrakte und konkrete Normenkontrolle gehört zur Rechtsprechung ³⁾. Sie nur deshalb, weil sie nicht Streitentscheidung ist, als materiell nicht zur Rechtsprechung gehörig anzusehen ⁴⁾, ist nicht gerechtfertigt. Ihre Zugehörigkeit zur Rechtsprechung wird besonders deutlich, wenn man sich vergegenwärtigt, daß jedes Gericht vor der Anwendung eines Gesetzes dieses auf seine Verfassungsmäßigkeit hin zu überprüfen hat, insofern also intern eine der Normenkontrolle entsprechende Maßnahme vorzunehmen hat, und daß bei vorkonstitutionellem Recht sogar die Möglichkeit, das Verfassungsgericht zum Zwecke der Normenkontrolle anzurufen, entfällt, so daß die Gerichte allein auf die eigene interne Prüfung der Norm angewiesen sind ⁵⁾. Daß diese interne Überprüfung der Rechtsnorm auf ihre Verfassungsmäßigkeit zur Rechtsprechung gehört, ist bisher nicht bezweifelt worden. Ebenso wenig

1) Rosenberg, ZPO, S. 1; Baur, DNotZ 1955, S. 511; Schönke-Schröder-Niese, ZPR, § 11 IV 3 a; Laband, Reichsstaatsrecht, S. 371.

Weitere streitlose Verfahren der zivilgerichtlichen Rechtsprechung gibt es im Bereich des Ehe- und Familienrechts. Auch die Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit sind häufig streitlose Verfahren. Dazu und zu der Frage, inwieweit es sich hier um Rechtsprechungstätigkeit handelt, vgl. Gröpl, aaO, S. 100 ff.

2) H. J. Wolff, aaO, § 19 I b 2.

3) Menger, aaO, S. 45.

4) so Friesenhahn, aaO, S. 62.

5) BVerfGE 2, S. 124 ff (128); 6, S. 55 ff (64 f); 9, S. 39 ff (46 f).

bestehen berechnigte Zweifel an der Zugehörigkeit von Verzicht-, Anerkenntnis- und Versäumnisurteilen zur Rechtsprechung. Die Definition der Rechtsprechung als Entscheidung eines Rechtsstreits erweist sich also als zu eng. Sie umfaßt nicht den gesamten Komplex der Rechtsprechung ¹⁾.

bb) Der Abgrenzung Friesenhahn's von Rechtsprechung und Verwaltung nach dem Kriterium der Rechtsstreitentscheidung ist neben ihrer zu partiellen Sicht vorzuwerfen, daß sie trotz gegenteiliger Behauptung ²⁾ keine rein materielle, sondern letztlich eine descriptiv-formelle ist. In vielen Fällen ist es allein eine Frage der positiven gesetzlichen Ausgestaltung des Verfahrens, ob eine Materie unmittelbar von den Verwaltungsbehörden bearbeitet wird, oder ob sie der richterlichen Entscheidung unterliegt. So wird die Geldbuße nach dem Ordnungswidrigkeitengesetz unmittelbar von den Verwaltungsbehörden festgesetzt, während sie nach dem Gesetz über Wettbewerbsbeschränkungen alter Fassung ³⁾ in einem

1) Literaturangaben s. S. 89 Anm. 1.

Das Element der Streitentscheidung ist de lege lata auch der Verwaltung nicht fremd. Auch ihr ist die Aufgabe der Rechtsstreitentscheidung durch streitentscheidende Verwaltungsakte gestellt. Hierher gehört allerdings nicht, wie Mattern (StuW 50, S. 359) behauptet, der Widerspruchsbescheid, der von der vorgesetzten Verwaltungsbehörde auf die Anfechtung des von der Unterbehörde erlassenen Verwaltungsakts hin ergeht. Die Oberbehörde entscheidet keinen Rechtsstreit zwischen der Verwaltungsbehörde und dem Anfechtenden, sondern sie tritt an die Stelle der Unterbehörde (Devolutiv-effekt), zieht also deren Aufgaben an sich und wird damit selbst streitende Partei (H.J. Wolff, aaO, § 19 I c 3; Bettermann, aaO, S. 385).

Im streitentscheidenden Verwaltungsakt entscheidet eine Verwaltungsbehörde über einen zwischen zwei Parteien bestehenden Rechtsstreit, indem sie einen von einer Partei gegenüber der anderen geltend gemachten Rechtsanspruch, den jene sich zu erfüllen weigert, zuerkennt oder aberkennt. Es handelt sich hier um einen echten, auf einem Interessengegensatz zwischen den Parteien beruhenden Rechtsstreit (H.J. Wolff, aaO, § 37 I d; Forsthoff, aaO, S. 194). Beispiele einer gesetzlichen Grundlage für streitentscheidende Verwaltungsakte sind: § 212 c AO; § 12 GO NRW vom 21.10.1952 (GVBl S. 283); § 7 Abs. 2 EisenbahnG vom 29.3.1951 (BGBl I, S. 225); § 12 WVBVO vom 3.9.1937 (RGBl I, S. 933). Zur Frage der Verfassungsmäßigkeit der streitentscheidenden Verwaltungsakte vgl. Loppuch, NJW 1953, S. 1126, 1158; BVerfG, DVBl 1954, S. 17 ff.

2) Friesenhahn, aaO, S. 1, 28.

3) GWB vom 27.7.1957 (GVBl I, S. 1081).

Strafverfahren durch die Gerichte verhängt wurde. Obwohl es in beiden Fällen um dieselbe Sache geht, nämlich um die Sanktionierung nicht kriminellen Unrechts, handelt es sich im ersten Fall nach der Theorie Friesenhahn's mangels des Kriteriums der Streitentscheidung materiell um Verwaltung, im zweiten Fall dagegen materiell um Rechtsprechung. Die nach materiellen Gesichtspunkten zu beurteilende Frage, ob diese unterschiedliche Kompetenzverteilung richtig ist, stellt sich für die Theorie Friesenhahn's nicht. Diese liefert keinen Maßstab dafür, ob eine neu zu regelnde Materie vom Gesetzgeber als Streitverfahren ¹⁾ oder streitloses Verfahren auszugestalten und so den Gerichten oder den Verwaltungsbehörden zur Aufgabe zu stellen ist ²⁾.

5) DAS VERHÄLTNIS VON RECHTSPRECHUNG UND VERWALTUNG ZU GERECHTIGKEIT UND GEMEINWOHL. DIE LEHRE LEFRINGHAUSEN'S

a) Lefringhausen geht bei der Unterscheidung von Rechtsprechung und Verwaltung unter Berufung auf die Lehre Friedrich Julius Stahl's ³⁾ von der Zielsetzung staatlichen Handelns aus. Er ist der Meinung, der Unterschied zwischen Rechtsprechung und Verwaltung bestehe darin, daß die Rechtsprechung die Verwirklichung der Gerechtigkeit, die Verwaltung, die Realisierung des Ordnungswertes, des Allgemeinwohls, mit ihrer Tätigkeit bezwecke ⁴⁾. Aufgabe des Staates sei die Schaffung einer Friedensordnung einerseits und die Verwirklichung der Gerechtigkeit andererseits. Die Realisierung dieser Werte sei die von den staatlichen Organen zu erfüllende Aufgabe. Zur Wahrnehmung dieser Aufgaben habe eine geschichtlich nachweisbare Funktionsverteilung zwischen den Staatsorganen stattgefunden. Während die Verwaltungsbehörden zweckvoll auf die Aufrichtung einer innerstaatlichen Ordnung hinarbeiteten, sei insbesondere den Gerichten die Herstellung der Gerechtigkeit innerhalb des Staatsganzen überlassen worden ⁵⁾.

1) "Streitverfahren" wird hier im Sinne der Theorie Friesenhahn's verstanden, umfaßt also auch den Bereich des gerichtlichen Strafverfahrens.

2) Salzmann, aaO, S. 80.

3) Friedrich Julius Stahl, Philosophie des Rechts, insbesondere Bd. II, S. 607 ff.

4) Lefringhausen, Untersuchungen, S. 10 ff, 36, 140.

5) Lefringhausen, aaO, S. 11, 12.

b) Eine Auseinandersetzung mit der Lehre Lefringhausen's setzt eine Gegenüberstellung der in ihr zur Abgrenzung von Rechtsprechung und Verwaltung verwandten Begriffe "Gerechtigkeit" und "Gemeinwohl" voraus.

aa) Die objektive Gerechtigkeit, d. h. die Gerechtigkeit des zwischenmenschlichen Verhältnisses ¹⁾, manifestiert sich in zweierlei Gestalt, und zwar in der ausgleichenden und der austeilenden Gerechtigkeit ²⁾.

Die ausgleichende Gerechtigkeit ist die Gerechtigkeit im Verhältnis der Nebenordnung ³⁾. Sie fordert den echten Ausgleich widerstreitender Interessen. Die Anwendung ihres Grundgedankens setzt eine Interessenkollision zweier oder mehrerer gleichgeordneter Rechtssubjekte voraus; dabei kann es sich sowohl um einen Interessengegensatz zwischen zwei oder mehreren Privatrechtssubjekten als auch um einen solchen zwischen dem Staat einerseits und dem Bürger andererseits, z. B. um den Gegensatz des Interesses der Verwaltung an der Erreichung ihrer Ziele und des Interesses des durch die staatliche Verwaltungstätigkeit in seinem Rechtsbereich betroffenen Bürgers am unbeeinträchtigten Bestand seiner Rechtssphäre, handeln. Der ausgleichenden Gerechtigkeit liegt in aller Regel die schematische Gleichheit zugrunde, wie sie besteht in der Gleichheit von Ware und Kaufpreis, von Lohn und Arbeit, von Schaden und Ersatz. Die Beteiligten stehen sich hier gleichberechtigt gegenüber.

Die austeilende Gerechtigkeit ist die Gerechtigkeit im Verhältnis der Über- und Unterordnung ⁴⁾. Die Anwendung ihres Grundgedankens setzt mindestens drei Rechtssubjekte voraus, von denen eines den anderen übergeordnet ist und diesen Vorteile gewährt und Lasten auferlegt. Die austeilende Gerechtigkeit fordert die Gleichbehandlung der nachgeordneten Rechtssubjekte durch das übergeordnete. Ihr liegt nicht allein die absolute, sondern häufig auch die relative Gleich-

-
- 1) Die subjektive Gerechtigkeit, d. h. die Gerechtigkeit als Tugend, als menschliche Eigenschaft, bedarf hier keiner näheren Darstellung, da sie für die Abgrenzung von Rechtsprechung und Verwaltung nicht von Bedeutung sein kann. Näheres zur subjektiven Gerechtigkeit, insbesondere zu ihrem Verhältnis zur objektiven Gerechtigkeit, findet sich bei Wolf-Radbruch, Rechtsphilosophie, S. 124.
 - 2) Diese Differenzierung ist bereits von Aristoteles getroffen worden, Radbruch, Rechtsphilosophie, S. 125.
 - 3) Radbruch, aaO.
 - 4) Radbruch, aaO.

heit zugrunde, wie sie besteht in der Bestrafung mehrerer nach dem Grade ihrer Schuld, der Unterstützung nach dem Grade der Bedürftigkeit und der Besteuerung nach dem Grade der Tragfähigkeit ¹⁾).

Auch die Akte der austeilenden Gerechtigkeit setzen allerdings, sollen sie als vollkommen gerecht anerkannt werden, voraus, daß die Maßnahmen der übergeordneten gegenüber den untergeordneten Rechtssubjekten nicht im Widerspruch zu der einsichtigen Interessenabwägung der ausgleichenden Gerechtigkeit stehen. Zu Recht definiert daher Sauer die Gerechtigkeit insgesamt als "jene soziale Harmonie unter Ausbalancierung der sozialetischen Werte und Unwerte, welche die möglichste, nie ganz erreichbare Übereinstimmung eines konkreten Werturteils, eines Wollens, Wertstrebens oder Wertschaffens mit dem ihm übergeordneten Ganzen des sozialetischen Lebens erfordert" ²⁾. Sauer stimmt daher intern mit der Definition Kant's: "Gerechtigkeit ist der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des anderen nach einem allgemeinen Gesetz der Freiheit zusammen vereinigt werden kann" ³⁾ sowie mit derjenigen H. J. Wolff's überein, der unter Gerechtigkeit die Forderung versteht, "auf die Verfolgung eigener Interessen insoweit zu verzichten, als dadurch die Befriedigung objektiv wertvollerer Interessen anderer Menschen vereitelt wird" ⁴⁾.

bb) Das Gemeinwohl ist, wie der Wortzusammenhang sagt, das Wohl der Allgemeinheit. Es ist nicht die größtmögliche Machtkonzentration beim Staat ⁵⁾, sondern setzt, wie die Bezeichnung "Allgemeinwohl" erkennen läßt, das Wohl der Vielzahl der Einzelnen voraus, aus denen sich die Allgemeinheit zusammensetzt. Es ist "das aus vielen besonderen privaten und öffentlichen Einzel- und Teilinteressen abgeleitete, möglicherweise auch im Widerspruch zu ihnen stehende wahre Gemeininteresse" ⁶⁾. Es ist, wie Goldschmidt definiert, ein "Zustand höchster ideeller und materieller Vollkommenheit" ⁷⁾.

1) Radbruch, aaO.

2) Sauer, Rechtsphilosophie, S. 203; ähnlich Coing, Rechtsphilosophie, S. 111.

3) Zitiert nach Del Vecchio, Rechtsphilosophie, S. 341.

4) H. J. Wolff, Festschrift für Sauer, S. 113; ebenso Menger, aaO, S. 27.

5) Bad StGH, VerwRspr Bd. 2, Nr. 96.

6) H. J. Wolff, Verwaltungsrecht I, § 29 IV.

7) Goldschmidt, Verwaltungsstrafrecht, S. 529.

cc) Gemeinwohl und Gerechtigkeit sind keine sich ausschließenden Begriffe. Der ideale Gesamtzustand des Allgemeinwohls umfaßt auch die Wahrung des Rechtsfriedens und der Gerechtigkeit ¹⁾. Ist das Gemeinwohl das "wahre Gemeininteresse" ²⁾, so umfaßt es auch den Zustand bestmöglicher Ordnung, in dem die Macht- und Rechtssphären der einzelnen Rechtssubjekte untereinander und gegenüber dem Staat im Sinne der Gerechtigkeit gegeneinander abgewogen sind. Eine das Allgemeinwohl fördernde Handlung darf daher nicht gegen die Grundsätze der Gerechtigkeit verstoßen ³⁾; eine ungerechte Handlung kann, weil sie ein Rechtssubjekt in seinen Rechten verletzt, dem idealen Zustand des wahren Gemeininteresses nicht dienen. Zu Recht sagt daher Sauer: "Gerechtigkeit ist unbedingte Voraussetzung des Gemeinwohls. Gemeinwohl ist realisierte Gerechtigkeit." ⁴⁾

c) Nachdem die von Lefringhausen verwandten Begriffe "Gerechtigkeit" und "Gemeinwohl" bestimmt sind, kann dessen Lehre näher besprochen werden.

Die Differenzierung Lefringhausen's von Rechtsprechung und Verwaltung ist, wie dieser Autor selbst sagt, keine rein objektiv an der Materie gemessene, sondern eine subjektiv an der Zielrichtung staatlichen Handelns gemessene ⁵⁾. Nicht die tatsächliche Erscheinungsform, bzw. die Auswirkung staatlichen Handelns, sondern die mit dieser Handlung verfolgten Ziele werden als Kriterium der Abgrenzung angesehen. Objektiv dient sowohl die Verwaltung als auch die Rechtsprechung, jeweils in der Gesamtheit ihrer Tätigkeit gesehen, jeweils beiden Werten, dem der Gerechtigkeit und dem des Gemeinwohls ⁶⁾. Eine staatliche Verwaltung, die sich nicht an den Prinzipien der Gerechtigkeit orientiert, ist ebenso wie eine staatliche Rechtsprechung, die in ihrer Gesamtheit nicht einen wesentlichen Beitrag zum Gemeinwohl liefert, in einem Rechtsstaat undenkbar.

aa) Daß beide Gewalten, jeweils insgesamt gesehen, objektiv beiden Werten dienen müssen, ergibt sich bereits aus der Tatsache, daß beide Gewalten in einer unübersehbaren Vielzahl von Einzelfällen das zur Förderung beider Werte

1) Bad StGH, aaO.

2) H. J. Wolff, aaO.

3) Stahl, aaO, Bd. II 2, S. 608.

4) Sauer, aaO, S. 205.

5) Lefringhausen, aaO, S. 10 ff, 36.

6) Lefringhausen, aaO, S. 21, 24.

gesetzte positive Recht in concreto anwenden ¹⁾.

Recht wird erlassen zur Ordnung des menschlichen Zusammenlebens ²⁾. Die rechtliche Wertung setzt notwendigerweise einen über das einzelne Rechtssubjekt hinausreichenden Zusammenhang voraus, weil die von Rechtsgeboten ausgehenden Weisungen für das menschliche Verhalten immer zweiseitig sind, also stets eine Verknüpfung unter Rechtssubjekten bewirken. Die vom Staat zu schaffende Rechtsordnung muß, soll sie eine echte und konsequente Ordnung sein, unter einem bestimmten Aspekt, unter einer umfassenden Idee, stehen, die Werte als Ziel und Maßstab für die Schaffung und Änderung der Gesetze und damit für die Ausrichtung der Ordnung selbst setzt ³⁾.

Als solche Rechtsidee kommt nicht allein die Gesetzestreue, bzw. die Ausrichtung am positiven Recht in Betracht ⁴⁾. Diese ließe nicht erkennen, an welchem Wert das primär zu erlassende Recht zu messen wäre und stände einer Überprüfung des einmal positiv gesetzten Rechts auf seine Richtigkeit hin im Wege. Ebenso wenig ist die das Recht wesentlich bestimmende Idee die Macht ⁵⁾; denn wer die Macht als Inhalt des Rechts ansieht, muß jede autoritativ gesetzte Norm, unabhängig von ihrem Inhalt, als Recht ansehen. Die überall im Recht zum Ausdruck kommende Tendenz, Gerechtigkeit zu verwirklichen, wäre unter dem Aspekt des Rechts als Machtinstrument der herrschenden Kräfte unerklärbar ⁶⁾. Auch die Anpassung an die ökonomischen Verhältnisse kann nicht allein die die Rechtsentwicklung begründende Idee sein ⁷⁾. Auch wenn sich das Recht im Wandel der tatsächlichen Verhältnisse in der Form eines "juristischen Überbaues" anpaßt, so ist allein durch diese Anpassung die geistige Ausrichtung, die Tendenz dieses

1) s. o. S. 82 f.

2) Del Vecchio, aaO, S. 371.

3) von Hippel, Staatslehre, S. 235; Del Vecchio, aaO, S. 14 ff; ders. S. 371: "Das Recht ist die objektive Einordnung der unter einer Mehrzahl von Subjekten möglichen Handlungen nach einem ethischen Grundsatz, der ihre Entfaltung bestimmt und ihre Behinderung ausschließt."

4) So der Rechtspositivismus. Kritik dazu: Sauer, aaO, S. 436 ff; Coing, aaO, S. 96.

5) So aber Kelsen, Reine Rechtslehre, S. 70: "Recht ist organisierte Macht." Kritik dazu: Del Vecchio, aaO, S. 29 ff.

6) H. J. Wolff, Festschrift für Sauer, S. 103.

7) So der Rechtsempirismus in der Form des Rechtshistorismus, vgl. dazu Del Vecchio, aaO, S. 29 ff.

"Überbaues" noch nicht erklärt ¹⁾. Das Wesen des Rechts erklärt sich vielmehr aus der an ethischen Werten gemessenen Idee der Gerechtigkeit und des Gemeinwohls ²⁾.

bb) Die die Schaffung und Änderung der Gesetze wesentlich bestimmende Idee ist die der Gerechtigkeit. Das Recht findet seine soziale Berechtigung in seiner Qualifikation durch die Gerechtigkeit, zumindest aber in seiner Intension zur Gerechtigkeit. Nur durch die Ausbalancierung widerstreitender Interessen läßt sich eine wirkliche Rechtsordnung erstellen, die den objektiv wertvolleren den Vorzug vor den objektiv weniger wertvollen Interessen gibt ³⁾. Nur so läßt sich eine wirkliche Ordnung der Rechte schaffen, die von Sauer bezeichnet wird als "jene soziale Harmonie unter Ausbalancierung der sozialen Werte und Unwerte, welche die möglichste, nie ganz erreichbare Übereinstimmung eines konkreten Werturteils, eines Wollens, Wertstrebens oder Wertschaffens mit dem ihm übergeordneten Ganzen des sozialetischen Lebens erfordert" ⁴⁾. Recht als "Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des anderen nach einem allgemeinen Gesetz der Freiheit zusammen vereinigt werden kann" ⁵⁾, muß auf der einsichtigen Interessenabwägung der Gerechtigkeit beruhen.

cc) Wenn auch die Gerechtigkeit die spezifische Rechtsidee, d. h. die für die Begriffsbestimmung des Rechts wesentliche Idee ist, so kann doch nicht behauptet werden, daß sich das positive Recht erschöpfend aus ihr erklären läßt. Der Gedanke der Gerechtigkeit erklärt z. B. nicht, welche Materien von der gesetzlichen Regelung erfaßt werden sollen. Die Rechtsordnung regelt nicht jeden Interessengegensatz. Sie trifft vielmehr nur eine Auswahl unter den vielen bestehenden Interessengegensätzen. Wie diese Auswahl auszusehen hat, läßt sich allein unter dem Gedanken der Gerechtigkeit nicht erklären. In den Fällen eines Interessenkonfliktes zwischen dem verwaltenden Staat einerseits und dem durch die

1) Coing, aaO, S. 101.

2) Radbruch, aaO, S. 123 ff, 146 ff, 168; Sauer, aaO, S. 177, 204; Coing, aaO, S. 147.

3) H. J. Wolff, aaO, S. 113; "Das Rechtsprinzip ist eingeschränkt auf das Gebot, auf die Verfolgung eigener Interessen insoweit zu verzichten, als dadurch die Befriedigung objektiv wertvollerer Interessen anderer Menschen vereitelt wird." Ebenso Menger, aaO, S. 27.

4) Sauer, aaO, S. 203.

5) Kant, zitiert nach Del Vecchio, aaO, S. 341.

Verwaltung belasteten Staatsbürger andererseits erklärt der Gerechtigkeitsgedanke nicht die dem Interessenkonflikt zugrunde liegenden staatlichen Interessen. Die den Staat zum Erlaß der betreffenden Gesetze bewegenden Interessen sind in diesen Fällen also allein aus dem Gerechtigkeitsgedanken heraus nicht erklärbar. In diesen Fällen kann nur die Ausrichtung des positiven Rechts auf den Wert des Gemeinwohls Erklärung bringen.

Das positive Recht wird erlassen zur Ordnung des menschlichen Zusammenlebens und damit im Interesse des Gemeinwohls. Der Zweck einer gesetzlichen Regelung kann letztlich nur darin liegen, dem gedeihlichen Zusammenleben der menschlichen Gesellschaft, d. h. dem Gemeinwohl, zu dienen ¹⁾. So ist auch der oben geschilderte Interessenausgleich als staatliche Aufgabe letztlich nur unter dem Gesichtspunkt der Schaffung einer allgemeinen Friedensordnung im Interesse des Gemeinwohls zu verstehen. Das bedeutet, daß ein staatlich durch Gesetz bewirkter Interessenausgleich nur dann stattfindet, wenn eine solche gesetzliche Regelung für das Gemeininteresse von Bedeutung ist. Das Gemeinwohl ist das durch die Aufstellung staatlicher Gesetze angestrebte Ziel. Es liefert den Bezugspunkt für die Auswahl der gesetzlich zu regelnden Materien. Erst wenn die zu ordnende Materie gefunden ist, ist die Ordnung als solche unter Zugrundelegung des Gerechtigkeitsgedankens zu erstellen ²⁾.

dd) Indem sowohl die Rechtsprechung als auch die Verwaltung das auf dem Grundgedanken von Gerechtigkeit und Gemeinwohl beruhende Recht auf den Einzelfall anwenden, dienen beide Gewalten objektiv in der Gesamtheit ihrer Tätigkeit sowohl der Verwirklichung der Gerechtigkeit als auch der Verwirklichung des Gemeinwohls. Beide Gewalten wenden weitgehend dieselben Gesetze in concreto an; der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte liegen dieselben Gesetze zugrunde, die in dem dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren zugrunde liegenden Verwaltungsverfahren von der Verwaltung angewendet worden sind oder doch angewendet werden sollten. ³⁾ Das gilt allerdings uneingeschränkt nur für die sogen. nachträglichen VerwStreitsachen. Beide Gewalten verwirkli-

-
- 1) Sauer, aaO, S. 177, 204 f; ähnlich Radbruch, aaO, S. 146 ff, 168, der den Zweck des Rechts im Zweck des Staates begründet sieht.
 - 2) Sauer, aaO; Radbruch, aaO. Beide bezeichnen die Gerechtigkeit als "Maßstab für die Ausgestaltung der Gesetze".
 - 3) Daß die Tätigkeit der Verwaltungsgerichte Teil der Rechtsprechung ist, ist heute unstrittig. Art. 92 GG sieht nicht mehr allein die Tätigkeit der ordentlichen Gerichte als Rechtsprechung an.

chen also durch die Anwendung der Gesetze in concreto objektiv Gerechtigkeit und Gemeinwohl.

d) Mit der Feststellung, daß sowohl die Rechtsprechung als auch die Verwaltung objektiv sowohl der Gerechtigkeit als auch dem Gemeinwohl dienen, ist allerdings nicht gesagt, daß das Verhältnis beider Gewalten zu beiden Werten dasselbe ist. Vielmehr lassen sich subjektiv im Sinne der Zielrichtung staatlichen Tätigwerdens Unterschiede zwischen Rechtsprechung und Verwaltung in ihrer Ausrichtung auf die Werte von Gerechtigkeit und Gemeinwohl auffinden.

aa) Die Rechtsprechung ist im Einzelfall ihres Tätigwerdens allein auf den Wert der Gerechtigkeit ausgerichtet. Gerechtigkeitsverwirklichung ist Aufgabe und Ziel der Rechtsprechung in jedem Einzelfall ihres Handelns. Zwar ist es den Organen der Rechtsprechung nicht in jedem Fall möglich, unmittelbar auf die Gerechtigkeit zurückzugreifen, vielmehr muß sie ihre Entscheidungen zunächst am positiven Recht ausrichten. Es wäre jedoch zu positivistisch gesehen, wollte man die richterliche Entscheidung und die in ihr vorgenommene Gesetzesauslegung als ausschließlich durch das positive Gesetz bestimmt ansehen. Ihre eigentliche Autorität empfängt die richterliche Tätigkeit durch ihre Ausrichtung am Gerechtigkeitsgedanken ¹⁾.

Der Wert der Gerechtigkeit wurde noch bei Kant als zentral für die Aufgaben der Rechtsprechung angesehen. Kant bezeichnete den Richterspruch als einen "Akt der öffentlichen Gerechtigkeit (*iustitiae distributivae*) durch einen Staatsverwalter (Richter oder Gerichtshof) auf den Untertan" ²⁾. Später verdängte der Positivismus in seinem Glauben an die Lückenlosigkeit des positiven Gesetzes diese Auffassung von der Rechtsprechung; nicht die Idee der Gerechtigkeit, sondern allein die Anwendung des positiven Rechts, die Auslegung der Gesetze aus dem Gesetz, wurde hier als Zentralpunkt der Rechtsprechung angesehen. Diese Auffassung ist jedoch heute überwunden. Man hat erkannt, daß Sinn und Zweck der Rechtsprechung nur die Verwirklichung der Gerechtigkeit sein kann. Zwar ist das Ziel der Gerechtigkeitsverwirklichung der Gesetzgebung deutlicher gesetzt als der Rechtsprechung. Die Gesetzgebung mißt das zu erlassende Gesetz unmittelbar am Gedanken der Gerechtigkeit. Die Rechtsprechung hat dagegen das po-

1) Scheuner, Festschrift für Smend, S. 291, Anm. 101.

2) Kant, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, § 49; ähnlich Stahl, *aaO*, Bd. II 2, S. 597.

sitive Gesetz nur in concreto anzuwenden. Sie überprüft es auch nicht unmittelbar auf seine Gerechtigkeit hin, sondern nur auf seine Vereinbarkeit mit höherem und jüngerem Recht ¹⁾. Das unmittelbare Zurückgreifen auf den Gerechtigkeitsgedanken ist dem Richter nur dort möglich, wo Lücken, bzw. Widersprüche im positiven Recht bestehen, wo unklare Gesetze auszulegen sind, und wo andere Rechtsnormen mit gleichen Grundgedanken analog anzuwenden sind ²⁾. Ihre wesentliche Verbindung zur Gerechtigkeit ergibt sich für die Rechtsprechung jedoch daraus, daß sie das vom Gesetzgeber am Gerechtigkeitsgedanken gemessene Gesetz auf den Einzelfall anwendet und damit in concreto Entscheidungen im Sinne der Gerechtigkeit trifft. Zu Recht sagt daher von Hippel: "Für die rechtssprechende Gewalt ist ihre Verbindung zur Idee der Gerechtigkeit zentral, ohne welche sie in ihrem Wesen wie vernichtet wirkt." ³⁾ Ziel und Aufgabe der Rechtsprechung ist also, durch die Gesetzesverwirklichung und über sie hinausgehend, die Verwirklichung der Gerechtigkeit ⁴⁾.

Zwar wirkt sich die Tätigkeit der Gerichte auch auf den Wert des Gemeinwohls aus, und zwar zunächst dadurch, daß, wie oben dargestellt wurde, durch die Gesamtheit der Rechtsprechungstätigkeit dem Wohle der Allgemeinheit gedient ist, weil das auch im Interesse des Gemeinwohls erlassene Recht auf eine Vielzahl von Einzelfällen angewandt wird, sodann aber auch dadurch, daß Selbsthilfemaßnahmen in aller Regel allein wegen des Bestehens der staatlichen Gerichte überflüssig sind, daß insbesondere durch die Tätigkeit der Strafgerichte die Allgemeinheit von Rechtsbrüchen abgeschreckt wird, und dadurch, daß in den auf den Einzelfall bezogenen Entscheidungen der Rechtsprechung oft Grundsätze aufgestellt werden, von denen eine regelnde Wirkung auf den allgemeinen Rechtsverkehr insofern ausgeht, als die Geschäfte des täglichen Lebens nach ihnen abgewickelt werden. Dennoch ist das Gemeinwohl nicht zentraler Wert der Rechtsprechung in dem Sinne, daß seine Verwirklichung Aufgabe und positiv zu erarbeitendes Ziel für den Richter in jedem Einzelfall seiner Entscheidung wäre. Der Richter wird nicht tätig, um Selbsthilfemaßnahmen abzuwenden, um die Allgemeinheit vor Rechtsbrüchen abzuschrecken oder um für die Allgemeinheit Grund-

-
- 1) Insofern trifft es zu, wenn Radbruch (aaO, S. 144) unterscheidet zwischen "Gerechtigkeit" und "Rechtlichkeit" und dabei mit "Rechtlichkeit" die Tätigkeit des gesetzestreuen Richters bezeichnet.
 - 2) Radbruch, aaO.
 - 3) von Hippel, JZ 1956, S. 3; ähnlich H. J. Wolff, aaO, S. 103; Menger, aaO, S. 27.
 - 4) Eberhard Schmidt, StPO I, S. 41; Scheuner, aaO; Forsthoff, aaO, S. 3 ff.

sätze aufzustellen, sondern nur, um den Einzelfall gerecht zu entscheiden. Seine Einflußnahme auf die Allgemeinheit, auf das allgemeine Wohl, ist lediglich eine objektive Auswirkung, nicht aber zentraler, positiv zu erarbeitender Zweck seines Tätigwerdens ¹⁾. Die Aufgabe des Richters ist die des gerechten Ausgleichs widerstreitender Interessen ²⁾, die ihm im Zivil-, Verwaltungs-, Finanz-, Arbeits- und Sozialgerichtsverfahren in der Form von Anspruch und Bestreiten vorgetragen werden, die er aber auch im Strafverfahren in der Form des staatlichen Interesses an einer Bestrafung des Delinquenten und des Interesses des Delinquenten am möglichst unbeeinträchtigten Bestand seiner Rechts- und Freiheitssphäre unter Berücksichtigung der Schwere der Tat und des Grades der persönlichen Schuld des Täters im Sinne einer vergeltenden Gerechtigkeit gegeneinander abzuwägen hat ³⁾.

bb) Zentraler Wert der Verwaltung ist das Gemeinwohl. Dieses zu erreichen bzw. zu fördern, ist positives Ziel der Verwaltung in jedem Einzelfall ihres Tätigwerdens. Die Verwaltung hat das allgemeine Beste, das Gemeinwohl, oder, wie Goldschmidt es bezeichnet, "die allgemeine Wohlfahrt" zu fördern ⁴⁾. Ihre Aufgabe ist die der umfassenden Sozialgestaltung durch die Mittel der Gefahrenabwehr und der Daseinsvorsorge.

Während noch zu Beginn des 19. Jahrhunderts die Gefahrenabwehr einzige Aufgabe der Verwaltung war, der Staat also sein Verwaltungshandeln darauf beschränkte, Störungen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung zu verhindern und somit die Gewähr für die unmittelbare Sicherheit seiner Bürger zu bieten ⁵⁾, wie er es ähnlich noch heute in der Polizeiverwaltung bzw. im Ordnungsbehördenwesen tut, gewann erst später ein weiterer Zweig der Verwaltung, der heute allgemein mit dem Begriff der Daseinsvorsorge bezeichnet wird, im Bereich der staatlichen Verwaltungstätigkeit an Bedeutung. Der Wandel vom liberalen Rechtsstaat zum

1) Bettermann, Gedächtnisschrift für Jellinek, S. 373; Jerusalem, Die Staatsgerichtsbarkeit, S. 4.

2) Vgl. o.S. 97 ff.

3) Henkel, Strafverfahrensrecht, S. 2, 8; Stahl, aaO, Bd. II 2, S. 609; Eberhard Schmidt, aaO, S. 30.

4) Die Förderung des Gemeinwohls wird als zentrale Aufgabe der Verwaltung bezeichnet u. a. von: Stahl, aaO; Fleiner, Institutionen, S. 7; Nebinger, Verwaltungsrecht AT, S. 25; Baur, DNotZ 1955, S. 516; Isay, Rechtsnorm und Entscheidung, S. 158.

5) So in der Theorie, die Praxis sah stets anders aus!

sozialen Rechtsstaat brachte es mit sich, daß als Aufgabe des Staates nicht mehr allein die Gefahrenabwehr, sondern auch und vor allem die Lenkung des Sozialgeschehens im Sinne einer Gestaltung der sozialen Ordnung durch Abwendung sozialer Not und Erstellung von Möglichkeiten für ein würdiges menschliches Dasein angesehen wurde ¹⁾. Dadurch wurde die öffentliche Verwaltung vom Ordnungsgaranten zum Leistungsträger, der die wirtschaftlich Schwachen schützt, Sozialleistungen verteilt, die Wirtschaft nicht mehr nur zur Gefahrenabwehr, sondern auch zur Förderung ihrer volkswirtschaftlichen Leistungsfähigkeit beaufsichtigt und die Interessengegensätze der Schichten und Gruppen zu schlichten sucht ²⁾. Auch diese im Rahmen der Daseinsvorsorge liegende Verwaltungstätigkeit läßt sich unter dem weiten Begriff des Gemeinwohls erfassen; denn es entspricht dem echten Gemeininteresse, daß soziale Nöte durch Sozialleistungen an wirtschaftlich schwächer Gestellte behoben oder verhindert werden, und daß eine echte soziale Ordnung vom Staat gestaltet wird.

Allerdings wird man die staatliche Verwaltungstätigkeit nicht, wie es Lefringhausen tut, aufgrund der Tatsache, daß sie dem Gemeinwohl dient, als im begrifflichen Gegensatz zu einer auf die Verwirklichung von Gerechtigkeit gerichteten staatlichen Tätigkeit stehend ansehen können ³⁾. Der Begriff des Gemeinwohls ist, wie oben dargestellt wurde, nicht völlig vom Begriff der Gerechtigkeit abstrahierbar; er umfaßt auch den Zustand, in dem die Macht- und Rechtssphären der Einzelnen untereinander und gegenüber dem Staat zu einem echten Ausgleich gelangen, d. h. den von der Gerechtigkeit bestimmten allgemeinen Zustand echter Interessenbalance ⁴⁾. Gerade die Tätigkeit der staatlichen Daseinsvorsorge beruht auf dem Gedanken der sozialen Gerechtigkeit, die sich durch einen Ausgleich widerstreitender Interessen um die Herstellung von erträglichen Lebensbedingungen für alle bemüht ⁵⁾. Ähnlich basiert die Gefahrenabwehr letztlich auch auf dem Gedanken der Gerechtigkeit, indem sie den Interessen der konkret oder abstrakt Gefährdeten an einem ungefährdeten Dasein den Vorrang vor den Interessen des Gefahrenträgers am Bestand der Gefahrensituation gibt. Betrachtet man die Gerechtigkeit als einen für die Gesamtheit bestehenden allgemeinen Zustand, so läßt sich die Verfolgung des Gemeinwohls nicht in Gegensatz zur Verfolgung der Gerechtigkeit stellen.

-
- 1) Ipsen, VVDStRL H. 10, S. 74; H. J. Wolff, Verwaltungsrecht I, § 11 II b 4; Fechner, Freiheit und Zwang, S. 14 ff.
 - 2) H. J. Wolff, aaO; Forsthoff, aaO, S. 34 f, 320 ff.
 - 3) Forsthoff, aaO, S. 4.
 - 4) s. o. S. 97 ff.
 - 5) Huber, DöV 1956, S. 200 ff; BVerfGE 1, S. 105.

e) Läßt sich auch in der subjektiven Einstellung von Rechtsprechung und Verwaltung zu Gerechtigkeit und Gemeinwohl ein deutlicher Unterschied nicht feststellen, solange man die Tätigkeit der Rechtsprechung und die der Verwaltung jeweils in ihrer Gesamtheit betrachtet und deshalb sowohl die Gerechtigkeit als auch das Gemeinwohl als Gesamtzustand, in welchem sich beide Werte nur schwer voneinander differenzieren lassen, auffaßt, so lassen sich doch deutlichere Differenzen feststellen, wenn man die Einstellung beider Gewalten zu Gerechtigkeit und Gemeinwohl ausschließlich mit Bezug auf den konkret zu bearbeitenden Einzelfall untersucht.

aa) Die Rechtsprechung konzentriert ihre Tätigkeit allein auf die gerechte Entscheidung des einzelnen, ihr vorgelegten Falles ¹⁾. Sie behandelt den ihrer Entscheidung unterworfenen Fall als isolierten Tatbestand, der allein durch das hier et nunc bestimmt wird ²⁾. Zu Recht sagt Stahl: "Wo die Gerichte sprechen, ist immer die Auseinandersetzung dieses Falles, der Schutz dieses Rechtes, dieses Menschen einziger und absoluter Zweck." ³⁾ Diese Konzentration allein auf die gerechte Entscheidung des Einzelfalles kommt für die Rechtsprechung aus ihrer Unbetheiligkeit an der ihrer Entscheidung zugrunde liegenden Materie, d. h. aus ihrer Neutralität. Die Rechtsprechung handelt nie in eigener Angelegenheit. Der Richter hat deshalb in Ansehung des Tatbestandes keinerlei Initiative; es steht nicht in seiner Macht, zu entscheiden, ob er tätig wird. Seine Zuständigkeit wird erst durch die Erhebung der Klage bzw. des Antrages oder der Anklage begründet. Demgemäß kann er mit seiner Tätigkeit nichts anderes bezwecken, als den ihm vorgelegten Fall gerecht zu entscheiden. Der Richter würde aufhören, neutral zu sein, und damit seine grundsätzlich geforderten Eigenschaften verlieren, wenn er für die rechtliche Beurteilung außerhalb der Streitsache liegende Belange, etwa die Lenkung der Sozialabläufe, d. h. die Förderung des Gemeinwohls, in Betracht ziehen würde; denn dann würde die Sache durch das Engagement des Richters zu den außerhalb der Streitsache liegenden Belangen zur eigenen Sache des Richters werden ⁴⁾. Die Entscheidung des Richters ergeht deshalb in ausschließlicher Konzentration auf den ihm vorgelegten Fall und die beteiligten Rechtssubjekte.

1) von Hippel, JZ 1956, S. 3; Scheuner, aaO, S. 291 Anm. 101; H.J. Wolff, Festschrift für Sauer, S. 103.

2) Forsthoff, aaO, S. 6.

3) Stahl, aaO, S. 610. (Sperrungen vom Verfasser).

4) Forsthoff, aaO.

bb) Im Unterschied zur Rechtsprechung fehlt der Verwaltung die unbedingte Konzentration auf den vom übrigen Sozialleben isolierten Einzelfall. Zwar wird auch die Verwaltung, ebenso wie die Justiz, in einer Vielzahl von Einzelhandlungen tätig; diese Einzelhandlungen stehen jedoch bei der Verwaltung im Gegensatz zur Justiz in einer Kontinuität, sie verbinden sich zu einem sinnvollen Ganzen; denn sie sind grundsätzlich auf die Gesamtordnung, auf das Gemeinwohl, bezogen ¹⁾. Die Verwaltung nimmt die dem Staat durch die soziale Wirklichkeit auferlegte Pflicht der umfassenden Planung und Lenkung, der Schaffung und Erhaltung von Daseinsmöglichkeiten für Millionen, der Herstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, auf sich. Ihre Aufgabe ist die Förderung des Gemeinwohls, die Sozialgestaltung ²⁾.

Die Verwaltung handelt daher grundsätzlich in eigener Angelegenheit, d. h. sie steht der bearbeiteten Materie nicht wie die Justiz unbeteiligt gegenüber, sondern ist selbst an der Materie interessiert. Aus diesem Grunde verfolgt sie mit jedem Tätigkeitsakt die ihr zur Wahrnehmung anvertrauten Interessen. Sie kann daher mit ihrer Tätigkeit nicht allein die Gerechtigkeit für den Einzelfall verwirklichen wollen, sondern sie muß in jedem Einzelfall ihres Tätigwerdens auf das Wohl der Allgemeinheit hinarbeiten. Der Einzelfall kann ihr daher nur als Teil eines allgemeinen Zustandes, den zu regeln sie verpflichtet ist, erscheinen.

Allerdings ist auch die Verwaltung in jedem Einzelfall ihres Handelns der Gerechtigkeit insofern verpflichtet, als sie in concreto den Forderungen der Gerechtigkeit entsprechen muß ³⁾.

Die Bindung der Verwaltung an die Gerechtigkeit im konkreten Einzelfall kommt insbesondere in den allgemeinen Verwaltungsgrundsätzen der Verhältnismäßigkeit und der Gleichbehandlung zum Ausdruck. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beruht auf dem Gedanken der ausgleichenden Gerechtigkeit und dient, indem er die Interessen des Staates an der Erreichung seiner Ziele gegen die

1) Forsthoff, aaO.

2) Forsthoff, aaO.

3) Forsthoff, aaO, S. 4. Es sei an dieser Stelle darauf hingewiesen, daß es auch Verwaltungshandeln gibt, das nicht unmittelbar am Gerechtigkeitsgedanken zu messen ist. Die Verwaltung ist am Gerechtigkeitsgedanken erst dort zu messen, wo sie rechtlich erfaßbar wird, d. h. da, wo sie Rechtssubjekte in ihrer Rechtsstellung berührt. Die Forschungstätigkeit in einem staatlichen Institut für Hygiene, die letztlich auch in den Bereich der staatlichen Verwaltung gehört, ist unter dem Gedanken der Gerechtigkeit nicht erfaßbar.

Interessen der von der staatlichen Interessenverfolgung betroffenen Rechtssubjekte am unbeeinträchtigten Bestand ihrer Rechtssphären gegeneinander abwägt und aufgrund dieser Interessenabwägung staatliche Eingriffe in den Rechtskreis der Betroffenen nur zuläßt, wenn und soweit sie zur Erreichung der Verwaltungszwecke unbedingt erforderlich sind, dem gerechten Interessenausgleich zwischen Staat und Individuum. Der Grundsatz der Gleichbehandlung beruht auf dem Gedanken der austeilenden Gerechtigkeit und besagt, daß tatbestandlich Gleiches vom Staat gleich zu behandeln ist. Diese Prinzipien hat die Verwaltung in jedem Einzelfall ihres Handelns zu beachten. Sie muß also in jedem Fall den von ihren Maßnahmen Betroffenen gerecht behandeln, insofern auch Gerechtigkeit in concreto verwirklichen.

Indessen ist es nicht ihr positives Ziel, das sie im Einzelfall zum Handeln veranlaßt, den Prinzipien der Verhältnismäßigkeit und der Gleichbehandlung zu dienen. Diese Prinzipien sind ihr nur Maßstab ihres Tätigwerdens. Ziel ist ihr in jedem Fall, das Gemeinwohl durch einen bestimmten konkret zu verwirklichenden Erfolg zu fördern.

f) Der Unterschied zwischen Rechtsprechung und Verwaltung im Verhältnis zu Gerechtigkeit und Gemeinwohl liegt also in erster Linie darin, daß die Verwaltung den Einzelfall nicht deshalb bearbeitet, um für die konkret Beteiligten Gerechtigkeit zu verwirklichen, sondern um der Allgemeinheit, dem Allgemeinwohl, zu dienen, während die Rechtsprechung den Einzelfall allein deshalb behandelt, um für die konkret am Verfahren Beteiligten Gerechtigkeit zu verwirklichen. Sowohl die Rechtsprechung als auch die Verwaltung dienen objektiv durch die Gesamtheit ihrer Tätigkeit der Gerechtigkeit und dem Gemeinwohl. Die Verwaltung zielt im Einzelfall ihres Tätigwerdens auf den Wert des Gemeinwohls hin und dient dabei auch der Gerechtigkeitsverwirklichung. Die Rechtsprechung zielt dagegen im Einzelfall ihres Handelns nicht auf den Wert des Gemeinwohls ab; ihr bleibt im Einzelfall allein die Gerechtigkeitsverwirklichung, die allerdings auch Auswirkungen auf das Gemeinwohl äußert.

g) Bei der hier getroffenen Differenzierung von Rechtsprechung und Verwaltung an ihrer Einstellung zu Gerechtigkeit und Gemeinwohl handelt es sich allerdings nicht um eine unmittelbar an der Materie, sondern um eine formell an der Art staatlichen Handelns ausgerichtete. Sie beschreibt lediglich, mit welchen Zielen die Organe von Rechtsprechung und Verwaltung handeln, erklärt aber nicht exakt, wann die Organe der einen und wann die Organe der anderen

Gewalt eine bestimmte Materie zu bearbeiten haben, d. h. sie erklärt nicht, welche Aufgaben der Rechtsprechung und welche der Verwaltung zuzuweisen sind. Die Frage danach, wann der Staat eine bestimmte ihm gestellte Aufgabe allein im Interesse der konkret am Verfahren Beteiligten entscheiden soll, wann er also sein Handeln allein auf den Wert der Gerechtigkeit konzentrieren soll, und wann er den Einzelfall zwar auch unter Berücksichtigung des Gerechtigkeitsgedankens, jedoch nur im Hinblick auf das Gemeinwohl bearbeiten soll, beantwortet diese Differenzierung nicht.

Wann erscheint es dem Staat erforderlich, eine bestimmte Materie um der einzelnen Beteiligten als solcher willen, d. h. allein, um ihnen in concreto Gerechtigkeit widerfahren zu lassen, zu behandeln, und wann erscheint es ihm ausreichend, den einzelnen Fall nur als Glied des Gesamtzustandes des allgemeinen Wohles zu behandeln? Dienen - konkret gefragt - die Maßnahmen des Verwaltungsstrafrechts dem allgemeinen Wohl dergestalt, daß ihre Verhängung das Ziel haben kann, das Gemeinwohl zu fördern, oder dienen sie allein der Gerechtigkeit in concreto dergestalt, daß sie ausschließlich im Interesse der Gerechtigkeitsverwirklichung gegenüber den konkret Beteiligten ergehen? Dient die Fürsorgeleistung dem Gemeinwohl, oder ergeht sie ausschließlich, um dem Fürsorgeempfänger soziale Gerechtigkeit widerfahren zu lassen?

Die Schwierigkeit der Beantwortung dieser Fragen auf der Grundlage der hier besprochenen Abgrenzung von Rechtsprechung und Verwaltung liegt darin, daß jede staatliche Maßnahme zunächst bezogen auf einen konkreten Einzelfall ergeht, und daß dieser Einzelfall, mit welchem Ziel er auch bearbeitet sein mag, für sich allein gesehen das allgemeine Wohl nicht darstellt, sondern nur einen - meist nur für die konkret Betroffenen bemerkbaren - kleinen Teilbeitrag zum Gesamtzustand des allgemeinen Wohles darstellt. Das gilt sowohl für die verwaltungsbehördliche Fürsorgeleistung als auch für das zivilgerichtliche Urteil. Beide verwirklichen in concreto Recht und Gerechtigkeit und stellen einen Beitrag zum allgemeinen Wohl dar, weil sie im ersten Fall einen Beitrag zur generellen Beseitigung von Not und im zweiten Fall einen Beitrag zur generellen Durchsetzung der Gerechtigkeit, die als Gesamtzustand Teil des Allgemeinwohls ist, enthalten. Ob die konkrete Maßnahme primär zur Förderung des Gemeinwohls erlassen wird, oder ob sie ausschließlich im Interesse der konkret Beteiligten ergeht, entscheidet sich allein an der handelnden staatlichen Stelle, d. h. daran, ob die Maßnahme von der Verwaltung, die im Rahmen des ihr gesetzten Programms nur zur Förderung des Gemeinwohls handeln kann, oder ob sie von der Rechtsprechung wahrgenommen wird, die nicht auf das Gemeinwohl hinarbeitet, sondern ausschließlich im Hinblick auf die konkret Beteiligten tätig wird. Kriterium der Unterscheidung ist also die handelnde staatliche Stelle und nicht die Materie.

Daß auch Lefringhausen seine Differenzierung von Rechtsprechung und Verwaltung letztlich trotz gegenteiliger Behauptung ¹⁾ als formelle, an der handelnden staatlichen Stelle gemessene begreift, geht daraus hervor, daß er die Strafverhängung wegen Steuerdelikten durch die Finanzämter ²⁾ ebenso wie die verwaltungsbehördliche Verhängung von Ordnungssanktionen nach dem OWiG deshalb nicht als Rechtsprechung ansieht, weil sie nicht von einer neutralen, sondern von einer an der Materie beteiligten staatlichen Stelle wahrgenommen wird ³⁾. Rechtsprechung könne nur dort vorliegen, wo eine staatliche Stelle sachlich neutral und von den Verfahrensbeteiligten unabhängig entscheide ⁴⁾. Sobald die handelnde Stelle an der Materie interessiert sei, mache sie Verwaltungszwecke zu ihrem Maßstab, könne sie also nicht neutral sein und deshalb nicht mit dem ausschließlichen Ziel der Gerechtigkeitsverwirklichung tätig werden; ihre Tätigkeit könne also nicht Rechtsprechung, sondern nur Verwaltung sein ⁵⁾.

Eine solche an der handelnden staatlichen Stelle bemessene Differenzierung von Rechtsprechung und Verwaltung kann auf die rein materiell zu beantwortende Frage keine Antwort geben, wann denn nun der Gesetzgeber eine Aufgabe, genauer gesagt die Aufgabe der Strafverhängung wegen Verwaltungsunrecht, unabhängigen und neutralen staatlichen Organen, d. h. primär den Organen der Rechtsprechung, und wann er sie an der Materie interessierten staatlichen Organen, d. h. primär den Organen der Verwaltung zuweisen soll. Eine solche Differenzierung würde die Sanktionierung von Verwaltungsunrecht durch unbeteiligte, neutrale Staatsorgane, d. h. vor allem durch Gerichte, materiell als Rechtsprechung ansehen, ebenso wie sie die Verhängung von Verwaltungsstrafen durch die an der Materie interessierten Verwaltungsbehörden materiell zur Verwaltung zählt. Damit führt diese Theorie genau an der dieser Untersuchung gestellten Frage vorbei, ob nämlich die Organe der Rechtsprechung oder aber die Organe der Verwaltung zur Verhängung von Verwaltungsstrafen berufen werden sollen.

1) Lefringhausen, aaO, S. 185.

2) §§ 392 ff AO.

3) Lefringhausen, aaO, S. 190 f.

4) Lefringhausen, aaO, S. 185, 188.

5) Lefringhausen, aaO, S. 189, 190.

6) DIE DIFFERENZIERUNG VON RECHTSPRECHUNG UND VERWALTUNG
NACH DEM PSYCHOLOGISCHEN VERHÄLTNIS ZUM RECHT.
DIE LEHRE FLEINER'S

Eine der Lehre Lefringhausen's verwandte Abgrenzung von Rechtsprechung und Verwaltung wird in der älteren Lehre, insbesondere von Fleiner vertreten ¹⁾.

a) Fleiner sieht den wesentlichen materiellen Unterschied zwischen Rechtsprechung und Verwaltung in der psychologischen Einstellung der handelnden Staatsorgane zum Recht. Er meint, während für die Justiz die Rechtsanwendung Selbstzweck sei, sei diese für die Verwaltung lediglich Mittel zum Zweck ²⁾. Die Justiz finde in der Anwendung des Rechts Genüge. Irgendwelche Rücksichten auf öffentliche oder private Belange habe sie nur soweit zu nehmen, als das Gesetz es vorschreibe ³⁾. Sie habe das Recht anzuwenden, um durch ihre Urteile festzustellen, was nach dem geltenden Gesetz Rechtens sei, unbekümmert darum, welche Folgen daraus für die Betroffenen und den Staat entstünden ⁴⁾. Die Verwaltung dagegen dürfe darin, daß sie dem Gesetz treu bleibe, kein Genügen finden. Ihre Leitideen seien die Gedanken der Zweckmäßigkeit und der Nützlichkeit. Die Verwaltung wende das Recht nicht in der Absicht an, ihm um seiner selbst willen zu dienen und seinen Sätzen zum Siege zu verhelfen, sondern um unter dem Schutz des Rechts bestimmte öffentliche Interessen, d. h. außerhalb des Rechts liegende Erfolge zu verwirklichen ⁵⁾.

b) Diese Abgrenzung von Rechtsprechung und Verwaltung nach dem psychologischen Verhältnis der handelnden Staatsorgane zum Recht ist der Abgrenzung Lefringhausen's verwandt. Auch sie ist letztlich auf eine Differenz in der Ziel-

1) Fleiner, Institutionen, S. 7.

2) Fleiner, aaO; ebenso: Stein, Grenzen, S. 2; Nebinger, Verwaltungsrecht AT, S. 24; Jerusalem, aaO, S. 24; ähnlich Laband, aaO, S. 149 f. Diese Differenzierung der Unrechtsbereiche stimmt überein mit von Sarwey, Das öffentliche Recht, S. 82: Die Rechtsprechung diene der Verfolgung des positiven Rechts, bzw. der Rechtsbewahrung; der Verwaltung obliege die Verfolgung öffentlicher Interessen.

3) Stein, aaO, S. 2.

4) Fleiner, aaO; Nebinger, aaO.

5) Fleiner, aaO; Nebinger, aaO.

richtung staatlichen Handelns gerichtet. Der Unterschied zur Meinung Lefringhausen's besteht jedoch darin, daß hier zwar von einer unterschiedlichen Zielsetzung staatlichen Handelns in Rechtsprechung und Verwaltung ausgegangen wird, dieser jedoch nur insofern Bedeutung beigemessen wird, als sie die Einstellung des handelnden Staatsorgans zum Recht und seiner Anwendung beeinflußt, während dort die Zielrichtung staatlichen Handelns als solche als wesentliches Kriterium der Differenzierung zugrunde liegt. Während Lefringhausen den von ihm als wesentlich erkannten Unterschied in der Zielrichtung staatlichen Handelns darin sieht, daß die Rechtsprechung den Wert der Gerechtigkeit, die Verwaltung dagegen den Wert des Gemeinwohls anstrebt, mißt die hier besprochene Lehre einem Unterschied in der Zielrichtung staatlichen Handelns nur insofern Bedeutung zu, als die Rechtsprechung das Recht "als Selbstzweck", die Verwaltung dagegen das Recht als "Mittel zum Zweck" bei der "Erreichung der ihr gesetzten Aufgaben" ¹⁾, zur "Verwirklichung außerhalb des Rechts liegender Erfolge" ²⁾, anwendet.

c) Gegen diese Unterscheidung von Rechtsprechung und Verwaltung ist von Kormann ³⁾ vorgebracht worden, sie stelle zwar eine sehr feine psychologische Wahrnehmung dar, liefere aber keinerlei juristische Kriterien, während Menger unter Berufung auf H. J. Wolff gegen sie vorbringt, daß "bei rechtsimmanenter Betrachtung alle Staatsorgane in jedem Falle Rechtssätze vollziehen, und damit in jedem Falle der Verwirklichung des objektiven Rechts dienen, während sie bei rechtstranszendenter Betrachtung alle mit dem Mittel der Rechtsverwirklichung die Realisierung öffentlicher Interessen anstreben" ⁴⁾, daß sie also bei rechtsimmanenter Betrachtung das Recht um des Rechtes willen, bei rechtstranszendenter Betrachtung das Recht nur als Mittel zum Zweck der Erreichung außerhalb des Rechts liegender Erfolge anwendeten.

Die Differenzierung nach dem psychologischen Verhältnis von Rechtsprechung und Verwaltung zum Recht ist jedoch unvollkommen, auch wenn man die Verwaltung nicht rein rechtsimmanent, also rein gesetzesausführend ⁵⁾, sondern als

1) Nebinger, aaO.

2) Fleiner, aaO.

3) Kormann, Jahrb. d. ö. R., Bd. 7, S. 4 f, 104; ähnlich Mattern, StuW, Bd. 27, Sp. 358.

4) Menger, aaO, S. 26; ähnlich Mattern, aaO, Sp. 351 ff; H. J. Wolff, Verwaltungsrecht I, § 19 I a 3.

5) So Kelsen, Justiz und Verwaltung, S. 19 f; Merkl, Verwaltungsrecht, S. 157 ff.

am Grundsatz der Gesetzmäßigkeit und des Vorbehalts des Gesetzes orientierte Staatstätigkeit im Rahmen der Gesetze ¹⁾ ansieht ²⁾, die nicht gegen das Gesetz verstoßen darf und, sofern sie belastet, der Ermächtigung durch einen Rechtssatz bedarf ³⁾. Die Verwirklichung von Recht um des Rechtes willen und die Anwendung von Recht zur Durchsetzung öffentlicher Interessen sind auch im Bereich der staatlichen Verwaltungstätigkeit keine sich ausschließenden Begriffe. Mit Recht weist Menger darauf hin, daß das Interesse an der Rechtsverwirklichung im modernen rechtsstaatlich orientierten Staat in einer Vielzahl von Fällen dem öffentlichen Verwaltungsinteresse kongruent ist, weil der Gesetzgeber den typischen Interessenlagen Rechnung trägt, indem er ihnen nach Abwägung der entstehenden oder zu erwartenden Interessenkonflikte in der Form von Rechtssätzen Ausdruck verleiht ⁴⁾. Sobald eine solche gesetzliche Regelung ergangen ist, kann ein Unterschied zwischen einer Verwirklichung des Rechts um seiner selbst willen und einer Verwirklichung des Rechts nur als Mittel zum Zweck der Verfolgung öffentlicher Interessen nicht mehr festgestellt werden ⁵⁾. Aber auch da, wo die Verwaltung nicht an eine spezielle gesetzliche Regelung, sondern allein an die Grundsätze der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und des Vorbehalts des Gesetzes gebunden ist, erscheint es unzutreffend, die im Rahmen dieser freien Verwaltungstätigkeit vollzogene Rechtsanwendung als nicht auf die Rechtsverwirklichung ausgerichtet anzusehen; denn die Rechtsanwendung erfolgt hier gerade, um das Verwaltungshandeln am positiven Recht zu messen, d. h. um festzustellen, ob das geplante Verhalten nicht gegen das Gesetz verstößt, und ob es, sofern es den Bürger belastet, einer in einem Rechtssatz gegebenen Ermächtigungsgrundlage entspricht. Die Rechtsanwendung dient also auch hier der Durchsetzung des Rechts ⁶⁾.

1) Dazu H.J. Wolff, Verwaltungsrecht I, § 30.

2) H.J. Wolff, aaO, § 21.

3) Art. 20 Abs. 3 GG; Forsthoff, aaO, S. 103; H.J. Wolff, aaO.

4) Menger, aaO, S. 27 f.

5) Menger, aaO; ebenso Günther Michels, Der Rechtsstaat, S. 83: "Wo eine gesetzliche Bestimmung den Tatbestand deckt, besteht sowohl die Rechtsprechung als auch die Verwaltung in bloßer Gesetzesanwendung ohne die Möglichkeit einer psychologischen Entscheidung."

Aus diesem Grunde ist es auch nicht möglich, Rechtsprechung und Verwaltung danach zu unterscheiden, daß die Rechtsprechung der Rechtsbewahrung, die Verwaltung dagegen der Wahrung öffentlicher Belange diene (so von Sarwey, aaO). Rechtsbewahrung und Wahrung öffentlicher Belange lassen sich nicht differenzieren, wenn die öffentlichen Belange Inhalt des Rechts geworden sind.

6) So im Ergebnis Forsthoff, aaO, S. 4.

Darüber hinaus ist die Abgrenzung von Rechtsprechung und Verwaltung nach dem psychologischen Verhältnis der handelnden Staatsorgane zum Recht keine rein materielle. Zu Recht stellt Bötticher fest, diese Differenzierung gebe keine Antwort darauf, "warum dem Staat die Anwendung des Gesetzes dort über alles gehe, hier aber nur Mittel zum Zweck sei" ¹⁾. Die Frage, welche materiellen Aufgabenbereiche der Gesetzgeber der Rechtsprechung und welche er der Verwaltung zuordnen soll, in welchen Fällen der Staat das Recht ausschließlich zur Rechtsverwirklichung und wann er es als Mittel zum Zweck anwenden soll, bleibt auch bei kritikloser Übernahme der These, daß die Verwaltung das Recht nur als Mittel zum Zweck der Verwirklichung außerhalb des Rechts liegender Erfolge anwende, unbeantwortet.

5. KAPITEL

Der Rechtsschutzgedanke als Kriterium der Trennung von Rechtsprechung und Verwaltung

a) Faßt man das Ergebnis der Kritik an den oben dargestellten, in der Literatur vorgenommenen Versuchen einer materiellen Abgrenzung von Rechtsprechung und Verwaltung zusammen, so läßt sich feststellen, daß es eine allein an der Tätigkeitsform beider Staatsgewalten gemessene, rein materielle Differenzierung von Rechtsprechung und Verwaltung nicht geben kann ²⁾. Jede der oben behandelten Theorien stützt sich bei der Abgrenzung von Rechtsprechung und Verwaltung auf bestimmte, den einzelnen Gewalten in der Art und Weise ihres Handelns zumindest in weiten Bereichen typische Erscheinungsformen, ohne doch letztlich einen Grund für die Zuweisung der dem Staat gestellten Aufgaben in die Kompetenzen der beiden sich in der Art ihres Handelns unterscheidenden Gewalten klar zu erkennen. Der Hauptirrtum sämtlicher hier behandelten Theorien besteht darin, daß sie sich im Interesse einer materiellen Differenzierung primär an der Erscheinungsform, an der Art und Weise des Handelns von Rechtsprechung und Verwaltung, orientieren und den Grund dieser Trennung weitgehend unberücksichtigt lassen. Gerade der Grund der Trennung der Gewalten, d. h. der Sinn und Zweck dieser

1) Bötticher, ZZP 51, S. 208; ähnlich Kormann, aaO; Menger, aaO.

2) Menger, VerwArch Bd. 50, S. 193; Scheuner, VVDStRL H. 14, S. 186; Bachof, VVDStRL H. 14, S. 178; Merkl, Verwaltungsrecht, S. 42; Kelsen, Justiz und Verwaltung, S. 5, 7; Gossrau, NJW 1958, S. 929.

Teilung der Staatsgewalt, gibt Aufschluß darüber, welche staatlichen Aufgaben den einzelnen Staatsgewalten zur Ausführung zuzuweisen sind ¹⁾. Zwar wird eine vollkommen exakte Definition von Rechtsprechung und Verwaltung nie allein aus dem Grund der Gewaltentrennung gegeben werden können. Um genau zu definieren wird man nie ohne die Verwendung formeller Kriterien, z. B. der Rechtskraft, der Verselbständigung des Rechtsausspruches oder der unabhängigen und unparteiischen Richter, auskommen können ²⁾. Jedoch muß der Grund der Kompetenzverteilung zwischen Rechtsprechung und Verwaltung Aufschluß darüber geben, welche Materien den mit diesen formellen Eigenschaften ausgestatteten Staatsgewalten vom Gesetzgeber zuzuweisen sind.

b) Sinn und Zweck der Teilung der Ausübung der Staatsgewalt ist es, wie oben dargestellt wurde ³⁾, durch eine weitgehende, auf dem Gleichgewicht der Gewalten beruhende gegenseitige Kontrolle der Gewalten den Schutz des Bürgers vor Machtmißbrauch seitens des Staates zu gewährleisten ⁴⁾. Art. 92 GG, der

- 1) Darauf, daß der Entstehungsgrund für die Auslegung unklarer Verfassungsnormen entscheidend heranzuziehen ist, verweisen insbes. Küchenhoff, DVBl 1951, S. 617 f und von Mangoldt-Klein, Grundgesetz, Einleitung IV 6.
- 2) Fast alle führenden Kommentare und Lehrbücher benutzen daher formelle Kriterien zur Definition der Rechtsprechung:
 von Mangoldt, Grundgesetz, Art. 92 Vorbem. 3 a: "Rechtsprechung ist Gesetzesanwendung zur Entscheidung ... eines Streites um geltend gemachtes und bestrittenes Recht oder einer Strafsache durch ein am Streit unbeteiligtes unabhängiges Staatsorgan."
 Hamann, Grundgesetz, Art. 92 Anm. C 1: "verbindliche Festsetzung bestrittenen, bezweiferten und gefährdeten Rechts durch eine selbständige, unabhängige und neutrale Instanz, die allein nach Gesetz und Recht entscheidet."
 Maunz, Staatsrecht, § 25 I 3: "der selbständige Ausspruch irgendeiner staatlichen Behörde, was in Anwendung des geltenden Rechts auf einen Sachverhalt im Einzelfall Rechtens ist."
 H. J. Wolff, aaO, § 19 I 3: "die ... rechtskräftige Entscheidung von rechtlichen Streitigkeiten sowie Straf- und Disziplinarsachen ... durch ein unbeteiligtes Subjekt." (Sämtliche Sperrungen vom Verfasser).
- 3) s. o. S. 51 ff.
- 4) BVerfGE 3, S. 225 ff (247); 7, S. 183 ff (188); 9, S. 268 ff (279 f).

die Rechtsprechung zu einer echten, selbständigen, den anderen Gewalten gleichgestellten Gewalt ausgestaltet ¹⁾, kommt im Rahmen dieses durch das Gewaltenteilungssystem bedingten Rechtsschutzes die Aufgabe zu, den Schutz vor staatlichem Machtmißbrauch so zu gewähren, daß bestimmte, dem Staat gesetzte Aufgaben nur von den unabhängigen und unparteiischen Richtern ausgeführt werden dürfen ²⁾. Art. 92 GG gewährt über den durch Art. 19 Abs. 4 GG für Eingriffe durch die öffentliche Gewalt in die Rechte des Einzelnen gegebenen letztinstanzlichen gerichtlichen Rechtsschutz hinaus für bestimmte Bereiche staatlichen Handelns dem Staatsbürger einen besonders starken, durch die ausschließliche Zuständigkeit der unabhängigen und unparteiischen Gerichte begründeten Rechtsschutz. Der besondere Zweck des Art. 92 GG besteht mithin darin, dem Staatsbürger durch die für bestimmte Bereiche bestehende ausschließliche Zuständigkeit der unabhängigen und unparteiischen Gerichte einen besonders starken Rechtsschutz zu gewähren.

Von diesem Zweck der besonderen Rechtsschutzgewährung des Art. 92 GG her läßt sich der materielle Gehalt des Art. 92 GG, insbesondere der Begriff der materiellen Rechtsprechung und damit der Grund einer Differenzierung von Rechtsprechung und Verwaltung, erfassen. Rechtsprechung und Verwaltung unterscheiden sich wesentlich unter dem Gesichtspunkt des Rechtsschutzes bzw. der Rechtsschutzgewährung.

c) Rechtsschutzgewährung ist weder ausschließliche noch typische Aufgabe der Verwaltung ³⁾. Nicht der Schutz subjektiver Rechte ist Aufgabe der Verwaltung, sondern Schutz und Erhaltung des objektiven Rechts. Die Verwaltung als Vertreterin der Allgemeinheit wird nicht unmittelbar im Interesse des Einzelnen, sondern immer nur im Interesse der Allgemeinheit, im Interesse der öffentlichen Sicherheit und Ordnung bzw. des Gemeinwohls, tätig ⁴⁾. Der Einzelne kann ihr nur als Glied der Allgemeinheit, für deren Wohl sie ausschließlich zu sorgen hat, erscheinen; ein Handeln unmittelbar und ausschließlich zum Schutze der subjektiven Rechte des Einzelnen muß ihr fremd bleiben ⁵⁾. Zwar wird dem Staatsbür-

-
- 1) von Mangoldt, aaO, Art. 92 Anm. 3 und Vorbem. 3 b; siehe auch oben S. 79 ff.
 - 2) Arndt, NJW 1959, S. 1230 f; Menger, JZ 1960, S. 168; Lotze, NJW 1956, S. 1540 f; von Weber, MDR 1955, S. 386.
 - 3) Bettermann, Gedächtnisschrift für Jellinek, S. 371.
 - 4) s. o. S. 106 ff.
 - 5) Stahl, aaO, S. 610.

ger auch durch die Verwaltung Schutz zuteil. Gerade der klassische Zweig der Verwaltung, die Polizei und die Ordnungsbehörden, gewährt im Rahmen des Schutzes der öffentlichen Sicherheit und Ordnung auch dem in seinen Rechten verletzten oder bedrohten Staatsbürger Schutz. Dieser dem Staatsbürger gewährte Schutz ist jedoch lediglich Reflex der auf den Schutz des objektiven Rechts, der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, im Interesse der Allgemeinheit gerichteten Tätigkeit und wird nur insoweit gewährt, wie der Einzelne als Glied der durch die gegen ihn gerichtete Handlung gestörten Allgemeinheit erscheint ¹⁾.

d) Die Aufgabe des Richters in unserer Rechtsordnung muß demgegenüber in erster Linie unter einem altüberlieferten Gesichtspunkt ²⁾ gesehen werden, unter dem auch die Reichsjustizgesetze von 1877/79 den Zivil- und Strafprozeß gestaltet haben, unter dem der Verwaltungsprozeß entstand und der in Art. 19 Abs. 4 GG seinen Ausdruck gefunden hat, nämlich unter dem Gesichtspunkt des Rechtsschutzes ³⁾.

Die Klage ist die an den Richter gerichtete Bitte des Klägers um Rechtsschutzgewährung wegen einer gegenüber dem Kläger begangenen oder drohenden Rechtsverletzung. Das auf die Klage hin ergehende Urteil ist die Entscheidung über ein Rechtsschutzgesuch. Das gilt für die Entscheidung sowohl des zivilgerichtlichen Verfahrens als auch des Verfahrens vor den Verwaltungs-, Finanz-, Arbeits- und Sozialgerichten. In jedem Fall bittet hier der Kläger um gerichtlichen Rechtsschutz. Die Anklage des Strafverfahrens ist zwar keine Bitte um Rechtsschutzgewährung. Nicht der Ankläger, die Staatsanwaltschaft, bedarf hier des gerichtlichen Rechtsschutzes, sondern der Angeklagte. Die Schwere des zu erwartenden Eingriffs in die Rechts- und Freiheitssphäre begründet hier ein besonderes Rechtsschutzbedürfnis des Angeklagten. Das Gericht wird nicht wie die Verwaltungsbehörde nur im Interesse der Allgemeinheit und damit zum Schutze allein des objektiven Rechts tätig; seine Entscheidung ergeht vielmehr ausschließ-

-
- 1) Dieser von der Polizei dem Verletzten gewährte Schutz ist mehr ein tatsächlicher als ein rechtlicher.
 - 2) Pr ALR, Teil II, 17. Titel, § 3; "Die Pflicht des Staates, für die Sicherheit seiner Einwohner, ihrer Person und ihres Vermögens zu sorgen, ist der Grund der demselben zukommenden allgemeinen obersten Gerichtsbarkeit."
 - 3) Bettermann, aaO, S. 370; Salzmann, aaO, S. 84; Menger, DöV 1955, S. 589.

lich zur gerechten Entscheidung des Einzelfalles ¹⁾. Den Gerichten obliegt daher neben dem Schutz des objektiven Rechts auch und vor allem der Schutz des subjektiven Rechts der am Verfahren beteiligten Personen ²⁾. Dieser Schutz wird dem einzelnen Staatsbürger nicht wie in der Verwaltung lediglich im Wege des Reflexes einer auf den Schutz der öffentlichen Ordnung gerichteten staatlichen Tätigkeit zuteil, sondern er ergeht unmittelbar in seinem Interesse, und der Angeklagte hat ein formelles subjektives Recht auf diesen Schutz.

e) Da sich die Rechtsprechung von der Verwaltung wesentlich dadurch unterscheidet, daß sie im Interesse der Rechtsschutzgewährung für die am konkreten Verfahren beteiligten Rechtssubjekte tätig wird, behält der Gesetzgeber auf der Grundlage dieses Rechtsschutzgedankens den Gerichten solche staatlichen Aufgaben vor, die wegen des besonderen Rechtsschutzbedürfnisses der durch die Ausführung dieser Aufgaben getroffenen Rechtssubjekte allein von den unabhängigen und unparteiischen Gerichten wahrgenommen werden dürfen. Wo das Rechtsschutzbedürfnis des Staatsbürgers besonders schwer wiegt, gewährt der Staat den Rechtsschutz durch ein Verfahren vor den unabhängigen und unbeteiligten Organen der Rechtsprechung, deren Aufgabe allein die gerechte Entscheidung des Einzelfalles und damit die gerechte Feststellung der Rechtsbereiche der am Verfahren Beteiligten ist ³⁾. Die Ausführung der dem Staate gesetzten Aufgaben durch Verwaltungsbehörden ist also dort nicht gerechtfertigt, wo das Rechtsschutzbedürfnis der Betroffenen verlangt, daß der Einzelfall, nicht wie es die Verwaltungsbehörde jedenfalls beim Erlass belastender Verwaltungsakte tut, lediglich im Hinblick auf die Gesamtordnung, sondern durch ausschließliche Konzentration auf die gerechte Entscheidung des Einzelfalles zum Schutze der am Verfahren konkret beteiligten Rechtssubjekte in ihrer subjektiven Rechtsstellung, d. h. durch die an der Materie nicht interessierten unbeteiligten und unparteiischen Organe der Rechtsprechung behandelt wird ⁴⁾. Zum materiellen Bereich der Rechtsprechung sind daher alle

1) s. o. S. 107 ff.

2) Stahl, aaO.

3) Salzmann, aaO.

4) Baur, DNotZ 1955, S. 519: "Sinn des Art. 92 GG ist es, alle die Aufgaben der Rechtspflege dem Richter zu übertragen, die wegen ihrer besonderen Bedeutung für den Lebensbereich des Einzelnen nach der Entscheidung eines sachlich und persönlich unabhängigen Organs verlangen."
Gossrau, NJW 1959, S. 931: "Ein Gesetz wäre verfassungswidrig, wenn es den Richtern die rechtsprechende Gewalt in einem Bereich entziehen würde, der ihnen insbesondere unter Berücksichtigung ... der Schutzbedürftigkeit des Einzelnen ... nicht entzogen werden dürfte."

diejenigen staatlichen Tätigkeitsakte zu zählen, die, gemessen am Rechtsschutzbedürfnis des Staatsbürgers, die ausschließliche Zuständigkeit der an der Materie nicht interessierten, unbeteiligten und unabhängigen Gerichte verlangen.

Das besondere, die ausschließliche gerichtliche Zuständigkeit fordernde Rechtsschutzbedürfnis bestimmt sich nach Umfang und Intensität des staatlichen Eingriffs in die Rechts- und Persönlichkeitssphäre des von der staatlichen Maßnahme betroffenen Rechtssubjektes sowie nach der besonderen rechtlichen Schwierigkeit der Materie ¹⁾. Umfang und Intensität des Eingriffs in die Rechts- und Persönlichkeitssphäre des Betroffenen sind z. B. bei der Verhängung von Kriminalstrafen so erheblich, daß die ausschließliche Zuständigkeit der Gerichte geboten ist ²⁾. Bei der Mehrzahl der staatlichen, gegenüber dem einzelnen Rechtssubjekt durchzuführenden Maßnahmen ist dagegen der Eingriff in die Rechts- und Persönlichkeitssphäre nicht derartig gravierend, daß die erstinstanzliche gerichtliche Zuständigkeit erforderlich erscheint. In diesen Fällen ist dem Rechtsschutzbedürfnis des Staatsbürgers durch die nach Art. 19 Abs. 4 GG bestehende Möglichkeit, die Rechtmäßigkeit der betreffenden staatlichen Maßnahme im Klagewege gerichtlich überprüfen zu lassen, genügt. Die rechtliche Schwierigkeit der Materie begründet neben den Gesichtspunkten des Umfangs und der Intensität des staatlichen Eingriffs in die Rechts- und Persönlichkeitssphäre die gerichtliche Zuständigkeit im Falle der Rechtsstreitentscheidung; das Vorliegen eines Rechtsstreites, der sich aus zwei einander entgegengesetzten Rechtsansichten zusammensetzt, präsümiert eine rechtliche Schwierigkeit der Materie ³⁾.

f) Zusammengefaßt läßt sich festhalten, daß der materielle Begriff der Rechtsprechung wesentlich bestimmt wird durch den Gedanken des Rechtsschutzes, unter dem sich Rechtsprechung und Verwaltung voneinander trennen und unterscheiden lassen. Der Aufgabenbereich, der den Richtern nach Art. 92 GG als "rechtsprechende Gewalt" anvertraut ist, bestimmt sich also im wesentlichen

-
- 1) Gossrau, aaO, S. 931; Baur, aaO, S. 517; Gröpl, aaO, S. 118.
 - 2) Niese, ZStW Bd. 70, S. 353; Friesenhahn, Festschrift für Thoma, S. 43; ebenso BVerfG, Urteil vom 6. 6. 1967, DöV 1967 S. 453 = NJW 1967 S. 1219 = MDR 1967 S. 733 = JZ 1967 S. 490.
 - 3) In diesem Sinne sagt Arndt, Festschrift für Carlo Schmid, S. 12, zu der Streitentscheidungstheorie Friesenhahn's: "Der wahre Kern in der (zu engen) Vorstellung einer Streitentscheidung ist, daß es in Wirklichkeit Ungewißheit des Rechts und damit Entscheidungsbedürftigkeit geben kann." Ähnlich Bettermann, aaO.

durch den Gedanken des besonders ausgeprägten Rechtsschutzbedürfnisses der durch die Ausführung der staatlichen Aufgaben betroffenen Rechtssubjekte und damit durch den Umfang und die Intensität des staatlichen Eingriffs in die Rechts- und Persönlichkeitssphäre des Staatsbürgers sowie durch die rechtliche Schwierigkeit der bearbeiteten Materie ¹⁾.

g) Die Interpretation des Art. 92 GG durch den Rechtsschutzgedanken findet ihre Berechtigung im Gesamtinhalt des Grundgesetzes, insbesondere seines IX. Abschnittes, zu dem Art. 92 GG gehört. Die einzelne Verfassungsbestimmung darf, wie das Bundesverfassungsgericht entschieden hat, nicht isoliert betrachtet und allein aus sich selbst heraus ausgelegt werden; sie steht vielmehr im Sinnzusammenhang mit den übrigen Bestimmungen der Verfassung, mit denen sie eine Einheit darstellt ²⁾. Aus dem Gesamtinhalt der Verfassung ergeben sich gewisse Grundsätze und Grundentscheidungen, denen die einzelnen Verfassungsbestimmungen untergeordnet sind ³⁾. Der IX. Abschnitt des Grundgesetzes enthält insbesondere in den Art. 101, 103, 104 Vorschriften, die eindeutig den Schutz des Staatsbürgers vor staatlichem Machtmißbrauch bezwecken ⁴⁾. Die Interpretation des Art. 92 GG durch den Rechtsschutzgedanken kann also bereits dem Sinnzusammenhang des IX. Abschnittes des Grundgesetzes entnommen werden. Darüber hinaus steht diese Interpretation des Art. 92 GG im Einklang mit den den Gesamtinhalt der Verfassung wesentlich prägenden, den Schutz des Staatsbürgers vor staatlichem Machtmißbrauch gewährleistenden Grundsätzen der Sicherung der Freiheit und der Würde des Menschen, die sich insbesondere in Art. 1 GG und in dem Katalog der Grundrechte manifestieren ⁵⁾, so daß sie auch durch diese, sich aus dem Gesamtinhalt der Verfassung ergebenden Grundsätze gerechtfertigt ist.

1) Bettermann, aaO; Gossrau, aaO; Baur, aaO; Salzmann, aaO.

2) BVerfGE 4, S. 14 ff (32).

3) BVerfGE, aaO.

4) Dennewitz, BK, Art. 101 Anm. I; Holtkotten, BK, Art. 104 Anm. II A 1; Maunz-Dürig, Grundgesetz, Art. 103 Anm. 6.

5) Maunz-Dürig, aaO, Art. 1 Anm. 1 ff; Jahrreiss, Mensch und Staat, S. 73.

6. KAPITEL

Die Vereinbarkeit der verwaltungsbehördlichen Verwaltungsstraffunktion und -kompetenz mit dem Grundgesetz

Nachdem festgestellt worden ist, daß sich Rechtsprechung und Verwaltung wesentlich unter dem Gesichtspunkt des Rechtsschutzgedankens unterscheiden lassen, und daß der Aufgabenbereich, der den Richtern nach Art. 92 GG als "rechtsprechende Gewalt" anvertraut ist, vom besonderen Rechtsschutzbedürfnis der Betroffenen und damit nach Umfang und Intensität des staatlichen Eingriffs in den Rechts- und Persönlichkeitsbereich der einzelnen Rechtssubjekte und nach den rechtlichen Schwierigkeiten der jeweils zu bearbeitenden Materie bestimmt wird, bleibt im Rahmen dieser Untersuchung zu prüfen, ob die Verhängung von Verwaltungsstrafen unter diesem Gesichtspunkt der Gewaltendifferenzierung zur Rechtsprechung oder zur Verwaltung gehört, und ob die verwaltungsbehördliche Verwaltungsstraffunktion und -Kompetenz mit Art. 92 GG vereinbar ist. Es ist also zu untersuchen, ob die Verhängung von Verwaltungsstrafen einen derart schweren Eingriff in den Rechts- und Persönlichkeitsbereich der Betroffenen darstellt, daß aufgrund des Rechtsschutzgedankens an Stelle der de lege lata bestehenden verwaltungsbehördlichen Zuständigkeit die ausschließliche Zuständigkeit der Gerichte gefordert werden muß.

Eine solche Untersuchung der Verwaltungsstrafe wird sich am deutlichsten im Vergleich zur Kriminalstrafe, mit der die Verwaltungsstrafe durch das Element der Strafe verbunden ist ¹⁾, darstellen lassen. Die Verhängung krimineller Strafen gehört wie bisher ernstlich nicht bestritten worden ist, zum Kernbereich der Rechtsprechung ²⁾. Dadurch, daß sie den Betroffenen in seiner sozialetischen Stellung berührt, indem sie ein sozialetisches Unwerturteil über ihn ausspricht und ihn dadurch zu einem zu resozialisierenden, unwertigen Mitglied der Gemeinschaft stempelt, enthält sie eine derartige Beeinträchtigung der Rechts- und Persönlichkeitssphäre des Delinquenten, daß die ausschließliche Zuständigkeit der Gerichte rechtsstaatlichen Forderungen entspricht. ³⁾

Wie oben dargestellt wurde, ist die Verwaltungsstrafe im Verhältnis zur Kriminalstrafe das schwächere Mittel der Unrechtsahndung ⁴⁾. Sie enthält im Gegen-

1) s. o. S. 33 ff.

2) BGH, NJW 1959, S. 1230; BVerfG, NJW 1958, S. 1963.

3) Friesenhahn, aaO, S. 43; Niese, aaO; H. J. Wolff, Verwaltungsrecht I, § 19 I b 2.

4) s. o. S. 36 ff.

satz zur Kriminalstrafe kein echtes sozialethisches Unwerturteil über Tat und Täter. Sie wertet den Betroffenen nicht in der Intensität ab, in der es die Kriminalstrafe tut. Ihr fehlt der Bezug zum sittlichen Moment und damit der Bezug zur Sühne. Sie kennzeichnet den Betroffenen also nicht als "Unsozialen, der resozialisiert werden muß" ¹⁾ und "berührt nicht die Sphäre des Ethischen" ²⁾. Dementsprechend fehlt ihr die diffamierende Wirkung der Kriminalstrafe. Sie wird nicht ins Strafregister eingetragen und ist anders als die Kriminalstrafe ausschließlich Geldstrafe und darf im Falle der Nichtbeitreibbarkeit des Bußgeldbetrages nicht in eine Freiheitsstrafe umgewandelt werden. Die Verwaltungsstrafe trifft den Täter mithin weit weniger stark, als es die Kriminalstrafe tut. Der Eingriff in die Rechtssphäre des Betroffenen ist weniger intensiv, und die Auswirkung auf seine Persönlichkeit ist eine erheblich mildere als die der Kriminalstrafe, weil der Täter mangels echten ethischen Vorwurfs nicht als "Unsozialer", als "Krimineller" disqualifiziert wird. Der Sinn der Verwaltungsstrafe ist der eines Ordnungsrufes, der den Betroffenen zur Beachtung der übertretenen Norm anhalten soll ³⁾, der eines "Zuchtmittels" im Sinne einer "Vermahnung und Warnung" ⁴⁾. Die Verwaltungsstrafe ist ein Verwaltungsmittel, durch das die Verwaltung auf den Ungehorsam gegenüber Verwaltungsvorschriften reagiert, um so die reibungslose Erfüllung ihrer Aufgaben zu sichern. Unter Berücksichtigung der Tatsache, daß die Geldbuße weitaus weniger stark als die Kriminalstrafe in den Rechts- und Persönlichkeitsbereich des Betroffenen eingreift, erscheint es nicht erforderlich, die Zuständigkeit der Ahndung von Verwaltungsunrecht den Verwaltungsbehörden zu nehmen und auf die Gerichte zu übertragen ⁵⁾. Der Eingriff in die Sphäre des Betroffenen ist bei der Verwaltungsstrafe nicht so stark, daß die erstinstanzliche Zuständigkeit der unabhängigen und unbeteiligten Gerichte erforderlich erscheint ⁶⁾. Dem Rechtsschutzbedürfnis der Betroffenen ist hier durch die nach § 54 OwiG gegebene Möglichkeit, die Rechtmäßigkeit der Verwaltungsstrafe durch den Strafrichter überprüfen zu lassen, in ausreichendem Maße Rechnung getragen ⁷⁾. Die

- 1) Erik Wolf, Festschrift für Frank II, 2, S. 584.
- 2) BVerfGE 9, S. 171.
- 3) Rotberg, aaO, S. 27; Patzig, Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, S. 12; VerwArch 1959, S. 362.
- 4) Erik Wolf, aaO.
- 5) BVerfGE 8, S. 197 ff (207 f); kritisch zu dieser Entscheidung: Menger, VerwArch Bd. 50, S. 196; gegen Menger: Mittelbach, MDR 1959, S. 617 f; Patzig, Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, S. 9.
- 6) Niese, aaO, S. 354.
- 7) Salzmann, aaO, S. 87; Michels, Strafbare Handlung, S. 35.

verwaltungsbehördliche Ahndung von Verwaltungsunrecht durch die Verhängung von Verwaltungsstrafen in der Form des Bußgeldbescheides des Ordnungswidrigkeitengesetzes ist daher mit Art. 92 GG vereinbar ¹⁾. Sie verstößt, da sie mit Art. 92 GG vereinbar ist, auch nicht gegen den Grundsatz der Gewaltenteilung ²⁾ und steht somit, da sonstige verfassungsrechtliche Bedenken nicht bestehen, im Einklang mit dem Grundgesetz. Mit dieser Einordnung der Verhängung der Verwaltungsstrafen in den Aufgabenbereich der Verwaltung wird dieser zugeordnet, was ihr bereits aus dem Zusammenhang der ihr gesetzten Aufgaben aus Praktikabilitätsgründen zusteht ³⁾. Der Verwaltung wird es überlassen, ihre Aufgaben mit ihren Mitteln selbständig durchzusetzen und den ihren Aufgabenbereich regelnden Geboten und Verboten durch das Mittel der "Pflichtenmahnung" ⁴⁾ den nötigen Nachdruck zu verleihen ⁵⁾.

7. KAPITEL

Die Verfassungsmäßigkeit der im zweiten Hauptteil dieser Arbeit vorgeschlagenen Ahndung der Straßenverkehrsdelikte

Nachdem festgestellt worden ist, daß die Verhängung von Verwaltungsstrafen nicht zu denjenigen staatlichen Aufgaben gehört, die nach Art. 92 GG den Richtern anvertraut sind, und daß deshalb die verwaltungsbehördliche Verhängung von Verwaltungsstrafen weder gegen Art. 92 GG noch gegen das Prinzip der Gewaltentrennung verstößt, und sie deshalb verfassungsmäßig ist, bleibt zu prüfen, ob die im zweiten Hauptteil vorgeschlagene Ahndung der de lege lata als Übertretungen erfaßten Straßenverkehrsdelikte als Ordnungswidrigkeiten durch Verwaltungsbehörden einerseits und als Vergehen des Kriminalstrafrechts durch die Gerichte andererseits mit dem Grundgesetz vereinbar ist.

-
- 1) Holtkotten, BK, Art. 92 Anm. II 1 d ß; Hamann, aaO, Art. 92 Anm. B 1 b; Bettermann in Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Bd. III 2, S. 875; Salzmann, aaO; Michels, aaO; Arndt, NJW 1959, S. 1230; Rotberg, aaO, S. 29; BVerfGE 8, S. 179 ff (207 f).
 - 2) s. o. S. 73 ff.
 - 3) Mittelbach, aaO.
 - 4) Eberhard Schmidt, Das neue westdeutsche Wirtschaftsstrafgesetz, S. 45.
 - 5) Rotberg, aaO.

1) DIE AHNDUNG DER EINFACHEN, WEDER SCHÄDIGENDEN
NOCH GEFÄHRDENDEN VERKEHRSÜBERTRETUNGEN IM
VERWALTUNGSBEHÖRDLICHEN BUSSGELDVERFAHREN

Der Ahndung der einfachen, weder schädigenden noch gefährdenden Verkehrsübertretungen durch Verwaltungsbehörden stehen begründete verfassungsrechtliche Bedenken nicht entgegen. Wie oben dargestellt wurde, handelt es sich bei diesen Verkehrsübertretungen, soweit sie nicht zu den wenigen abstrakt höchst gefährlichen Verhaltensweisen gehören, strukturell um echtes Verwaltungsunrecht¹⁾. Diesem qualitativ vom Kriminalunrecht unterschiedenen Verwaltungsunrecht entspricht die qualitativ von der echten Kriminalstrafe unterschiedene staatliche Unrechtsanktion der Verwaltungsstrafe in der Form des Bußgeldbescheides²⁾. Der Bußgeldbescheid gehört, da das Rechtsschutzbedürfnis der Betroffenen nicht die ausschließliche Zuständigkeit der unparteiischen und unabhängigen Richter verlangt, nicht in den Bereich der den Richtern nach Art. 92 GG anvertrauten Maßnahmen, sondern in den Aufgabebereich der Verwaltung³⁾.

2) DIE AHNDUNG DER FAHRLÄSSIG FREMDE SACHEN
BESCHÄDIGENDEN, DER GEFÄHRDENDEN UND DER ABSTRAKT
HÖCHST GEFÄHRLICHEN VERKEHRSÜBERTRETUNGEN IM
VERWALTUNGSBEHÖRDLICHEN BUSSGELDVERFAHREN

Auch gegen die Ahndung der fahrlässig fremde Sachen beschädigenden, der konkret gefährdenden und der abstrakt höchst gefährlichen Straßenverkehrsübertretungen durch Verwaltungsbehörden im Bußgeldverfahren bestehen begründete verfassungsrechtliche Bedenken nicht. Zwar handelt es sich bei diesen Verkehrsübertretungen im Gegensatz zu den weder schädigenden noch gefährdenden nicht um Verwaltungsunrecht, sondern um Kriminalunrecht⁴⁾. Die Ahndung dieser Delikte im Bußgeldverfahren ist aber dennoch verfassungsgemäß. Einerseits ist das Rechtsschutzbedürfnis des Betroffenen, solange blosse Verwaltungsstrafen verhängt werden, kein so großes, daß es die ausschließliche Zuständigkeit der unparteiischen und unabhängigen Gerichte erfordert. Die Verhängung von Verwaltungsstrafen gehört deshalb nicht zu den den Richtern nach Art. 92 GG anvertrauten Aufgaben⁵⁾.

-
- 1) s. o. S. 53 ff.
2) s. o. S. 48 ff.
3) s. o. S. 122 ff.
4) s. o. S. 58 ff.
5) s. o. S. 122 ff.

Andererseits trifft den Gesetzgeber keine Pflicht, diese Verkehrsübertretungen mit krimineller Strafe zu bedrohen oder sie straffrei zu lassen¹⁾. Der Staat ist, wie oben festgestellt wurde, nicht verpflichtet, jede unwertige Handlung, d. h. jede zum Kriminalunrecht gehörende Verhaltensweise, unter Strafe zu stellen²⁾. Die Strafdrohung ist dem Staat ein Mittel der Schaffung und Erhaltung einer das gedeihliche menschliche Zusammenleben ermöglichenden Ordnung³⁾. Der Gesetzgeber wählt daher aus dem Komplex der unwertigen Handlungen solche Tatbestände aus, deren Sanktionierung mit staatlichen Unheilsfolgen im Interesse des gedeihlichen menschlichen Zusammenlebens geboten ist, und stellt diese unter Strafe. Er kann daher unwertiges Verhalten, dessen Bestrafung im Interesse der öffentlichen Sicherheit und Ordnung nicht nötig ist, sanktionslos lassen⁴⁾. Kann der Staat echt unwertiges Unrecht völlig sanktionslos lassen, dann muß es ihm auch möglich sein, dies Unrecht unter Ausklammerung der a priori unwertigen Momente nur unter dem Gesichtspunkt des Verstoßes gegen eine gesetzliche Ordnung zu erfassen und es lediglich als Verwaltungsunrecht zu behandeln und mit Bußfolgen zu bedrohen.

Grenzen für ein solches gesetzliches Erfassen a priori unwertigen Verhaltens als Ordnungswidrigkeiten sind, wie oben dargestellt wurde, der Grundsatz der Gerechtigkeit der Strafe, der Grundsatz der Gleichheit und der Grundsatz der Würde des Menschen sowie die grundgesetzliche Wertordnung⁵⁾. Eine staatliche Gesetzgebung würde dann z. B. über diese Grenzen hinausgehen, wenn sie bei einem sonst unveränderten Strafgesetzbuch Mord und Totschlag nur als Ordnungswidrigkeiten erfassen würde. Ein solcher Verstoß gegen die grundlegenden grundgesetzlichen Forderungen liegt noch nicht darin, daß fahrlässig fremde Sachen beschädigende und der konkret gefährliche Verkehrsübertretungen als Ordnungswidrigkeiten erfaßt werden. Da sowohl die fahrlässige Beschädigung fremder Sachen als auch die konkrete Gefährdung anderer zu denjenigen unwertigen Verhaltensweisen gehört, deren Bestrafung allgemein nicht für erforderlich gehalten wird, können ihrer gesetzlichen Einordnung unter die Ordnungswidrigkeiten keine Bedenken entgegenstehen. Auch darin, daß diese Erfassung der fahrlässigen Sachbeschädigung und konkreten Gefährdung speziell auf den Bereich des Straßenverkehrs beschränkt ist, kann ein Verstoß insbesondere gegen den Grundsatz der Gleichheit nicht liegen. Diese Verhaltensweisen werden nicht primär in ihrer Eigenschaft als fahrlässige Sachbeschädigung oder konkrete Gefährdung, d. h. als a priori

1) Welzel, Strafrecht, § 31 I 2; Maurach AT, S. 13; siehe auch oben S. 40 ff.

2) s. o. S. 40 ff.

3) Welzel, aaO; Maurach, aaO.

4) Sax in Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Bd. III 2, S. 930.

5) s. o. S. 41.

unwertiges Kriminalunrecht, sondern in ihrer Eigenschaft als Ordnungswidrigkeit, als Verstoß gegen die Ordnung des Straßenverkehrs, negativ gewertet. Diese Ordnungsverletzung ist es, die generell unter Strafe gestellt ist.

3) DIE JUSTIZIELLE AHNDUNG EINIGER BESONDERS GRAVIERENDER VERKEHRSÜBERTRETUNGEN MIT KRIMINALSTRAFEN

Auch die kriminelle Ahndung einiger weniger, de lege lata als kriminelle Übertretungen erfaßter Verkehrsdelikte, die in Ausnahme von einer den Bedürfnissen der Praxis entsprechenden generellen Umstellung der Verkehrsübertretungstatbestände auf Ordnungswidrigkeiten wegen ihres besonderen Unwertes zu Vergehen des Kriminalstrafrechts aufgewertet werden sollen ¹⁾, ist verfassungsgemäß.

Bedenken gegen ihre Verfassungsmäßigkeit unter dem Gesichtspunkt des Art. 92 GG scheiden hier von vornherein aus, da hier Kriminalstrafen, deren Verhängung ur-eigene Aufgabe der Rechtsprechung ist, auch in der Tat durch deren Organe verhängt werden. Auch zu sonstigen Verfassungsbestimmungen besteht kein Widerspruch. Insbesondere ist die kriminelle Ahndung dieser Verkehrsübertretungen mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 3 GG vereinbar ²⁾. Solange sich der Gesetzgeber bei der Auswahl derjenigen Straßenverkehrsübertretungen, die er zu Vergehen aufwertet, an der Tatschwere in der Form der besonders großen Gefährlichkeit oder der besonders starken objektiven Auswirkungen sowie der besonders gravierenden subjektiven Einstellung des Täters orientiert, kann in ihrer Ungleichbehandlung gegenüber den übrigen, nur mit Bußfolgen bedrohten Straßenverkehrsübertretungen kein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz gefunden werden, da der gesetzlichen Strafdrohung nicht völlig gleiche Verhaltensweisen zugrunde liegen.

1) s. o. S. 62 ff.

2) Der Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 3 GG bindet nach Art. 1 Abs. 3 GG auch den Gesetzgeber; dazu siehe von Mangoldt-Klein, aaO, Art. 3 Anm. III, 4, der die gegenteilige Ansicht Ipsen's (Neumann-Nipperdey-Scheuner, Bd. II, S. 146 ff) widerlegt.

LEBENS LAUF

Am 13. Dezember 1937 wurde ich, Axel von Heyden, als Sohn des Landwirts Wichard von Heyden und seiner Ehefrau Elisabeth, geb. von Bismarck, in Spowitten, Ostpreußen, geboren.

Meine Schulzeit verbrachte ich in Soest/Westfalen, wo ich am 3. März 1959 die Reifeprüfung am staatlichen Archigymnasium bestand.

Beginnend mit dem Sommersemester 1959 studierte ich die Rechtswissenschaft in Göttingen, München und Münster. Am 16. September legte ich vor dem Justizprüfungsamt beim Oberlandesgericht Hamm die erste juristische Staatsprüfung ab.

Vom 18. Oktober 1963 an war ich Referendar im juristischen Vorbereitungsdienst des Oberlandesgerichtsbezirks Hamm. Am 11. März 1968 bestand ich vor dem Landesjustizprüfungsamt in Nordrhein-Westfalen die zweite juristische Staatsprüfung.

